CONSEJO DE ESTADO

CONSEJEROS Y DIGNATARIOS
TERCER TRIMESTRE
1992

Presidente
Doctor Alvaro Lecompte Luna

Vicepresidente
Doctora Clara Forero de Castro

Secretaria General
Doctora Nubia González Cerón

SECCION PRIMERA

Doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz
Presidente
Doctor Yesid Rojas Serrano
Doctor Miguel González Rodríguez
Doctor Libardo Rodríguez Rodríguez

SECRETARIO
Doctora Katerine Karakalpakis Calderón

SECCION SEGUNDA

Doctor Joaquín Barreto Ruiz
Presidente
Doctora Clara Forero de Castro
Doctora Dolly Pedraza de Arenas
Doctor Alvaro Lecompte Luna
Doctor Reynaldo Arciniegas Baedeker
Doctor Diego Younes Moreno

SECRETARIO
Doctora Eneida Wadnipar Ramos

SECION TERCERA

Doctor Daniel Suárez Hernández
Presidente
Doctor Carlos Betencur Jaramillo
Doctor Juan de Dios Montes Hernández
Doctor Julio César Uribe Acosta

SECRETARIO
Doctora Ruth Stella Palacios Correa

SECCION CUARTA

Doctora Consuelo Sarria Olcos
Presidente
Doctor Jaime Abella Zárate
Doctor Guillermo Chahín Lizcano
Doctor Carmelo Martínez Conn

SECRETARIO
Jorge A. Torrado Torrado

SECCION QUINTA

Doctor Luis Eduardo Jaramillo Mejía
Presidente
Doctora Miren de la Lombana de Magyaroff
Doctor Amado Gutiérrez Velásquez
Doctor Jorge Penén Deltieure

SECRETARIO
Doctor Octavio Galindo Carrillo

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Doctor Jaime Betancur Cuartas
Presidente
Doctor Jaime Paredes Tamayo
Doctor Javier Henao Hidrón
Doctor Humberto Mora Osejo

SECRETARIA
Doctora Elizabeth Castro Reyes

FISCALIAS
1- Doctora Libia Zulua Uribe
2- Doctora Edne Cohen Daza
3- Doctor Jaime Ossa Arbeláez
4- Doctor Jaime Maya Betancourt
5- Doctora María Eugenia Samper Rodríguez
6- Doctora Margarita Olaya de Obando
7- Doctora Gloria Aldas Gracia (E)
8- Doctora Luz Stella Peña de Méndez
9- Doctora Inés Hurtado Cubides
10- Doctor Fernando Ospina Henao

RELATORES

Doctora María del Pilar Espinosa Salazar
Doctor Danilo Rojas Betancourth

SECCION TERCERA

FALLA DEL SERVICIO DE ALCANTARILLADO / FALLA DEL SERVICIO POR OMISION /RESPONSABILIDAD POR TRABAJOS PUBLICOS.

A pesar de no ser la empresa telefónica demandada la directa constructora de las obras de canalización, si tenía interés y compromisos de importancia frente al desarrollo mismo de las obras, el cual, no podía simplemente limitarse a una superficial y genérica inspección e interventoría, sino que tales funciones requerían la exigencia al contratista particular de las mas elementales normas de seguridad apropiadas para la clase de trabajos, (canales, excavaciones profundas, etc.) que la canalización implicaba. No podía la administración, pasar desapercibidas las deficientes condiciones de seguridad para la ciudadanía, en unos trabajos públicos, que si bien no los ejecutaba directamente, si los autorizó, los orientó, los asesoró y posteriormente los recibió para su servicio. Los daños en la tubería cuya demora en repararse generaron la inundación de la cámara, configura una falla del servicio de la empresa de acueducto y alcantarillado. El fallecimiento de la niña no se hubiera producido si la empresa de teléfonos hubiese controlado en forma más efectiva y estricta la construcción de la canalización y la empresa de acueducto se hubiera preocupado por reparar el daño de la tubería oportunamente denunciado por varias personas.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.

Santafé de Bogotá, D.C., julio dos (2) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente :*Doctor Daniel Suárez Hernández*

Referencia: Expediente N°.6658 Actor : Rodolfo Malagón Malagón y Otros.

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia del 6 de diciembre de 1990, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual se denegaron las súplicas de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1o. *Las pretensiones.-*

En escrito presentado ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 29 de octubre de 1985, Rodolfo Malagón Malagón y María de Jesús Malagón en nombre propio y en representación de sus menores hijos Gloria Custodia, Eva Cecilia, Ana Bertilda, Rosa Orfilia, Angel Rodolfo y Luis Alejandro Malagón Malagón; Jaime y Luz Martha Malagón Malagón, en ejercicio de la acción de reparación directa consagrada en el artículo 86 del C.C.A., formularon demanda para que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

"1.- Que la Empresa de Teléfonos de Bogotá y la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, D.E. representadas por sus respectivos Gerentes o de quienes hagan sus veces, son civilmente responsables de todos los perjuicios de orden Moral y Material Sufridos por mis mandantes del día lunes 27 de junio de 1983, como consecuencia del accidente sufrido por la menor MARIA ISABEL MALAGON MALAGO, DONDE PERDIO LA VIDA, al caer en un pozo abierto por la empresa de Teléfonos de Bogotá D.E. pozo este que se encontraba lleno de agua desde días antes por la rotura de un tubo de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, D.E. PERECIENDO AHOGADA.

"2.- Que como consecuencia de la declaración anterior se condene INGENERE a las EMPRESAS DE TELEFONOS Y ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTA D.E. representadas por sus respectivos Gerentes o de quienes hagan sus veces, a pagar a mis poderdantes dichos perjuicios que estimo en cuantía superior a los TREINTA MILLONES DE PESOS.

"3.- Que como consecuencia de las declaraciones y condenas anteriores se obligue a la Empresa de Teléfonos y Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá D.E. a cancelarles a mis poderdantes el valor

de su indemnización en el término de treinta días tal como lo establece el artículo 176 del C.C.A.". (Fols. 3-4).

2o. *Fundamentos de hecho.-*

Aparecen relacionados ampliamente en la demanda, a folios 4 a 7. La Sala los reduce, en síntesis, a lo siguiente:

El 27 de junio de 1983, la menor María Isabel Malagón Malagón, cuando se dirigía de su casa de habitación a la escuela, a eso de la una de la tarde, cerca de la calle 24 S No. 101 A-63 G, cayó en un pozo abierto por la Empresa de Teléfonos de Bogotá, y falleció por ahogamiento. Dicho pozo permaneció descubierto durante varios días, sin avisos ni señales de prevención y protección para los transeúntes. La inundación fue provocada por la rotura de un tubo de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado, el cual no fue reparado oportunamente. Lo anterior le permite a la parte demandante exigir responsabilidad a las Empresas de Acueducto y Alcantarillado, así como a la de Teléfonos, por los errores y fallas en la prestación de los servicios con base en la teoría del RIESGO y de las actividades del servicio público consideradas como peligrosas".

3o. *Actuación procesal.*

Del auto adminsorio de la demanda fueron notificados, en su orden, el Gerente de las Empresas de Teléfonos y el Gerente de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá. Ambas entidades constituyeron sus apoderados y contestaron la demanda.

La Empresa de Acueducto y Alcantarillado sostuvo que la causa de haber llenado el hueco con agua no es responsabilidad de la misma, por cuanto, el sector de Patio Bonito, lugar del accidente, al encontrarse por debajo de la cota sanitaria, es considerada como zona inundable. Propuso las excepciones de caducidad de la acción porque la demanda se formuló dos años y medio después de los hechos, superando así el término de dos años del artículo 136 del C.C.A. La otra excepción por "ausencia de causa", la fundamenta en que como el sector carece de alcantarillado de aguas lluvias, éstas fácilmente llenaron el pozo.

Al responder la demanda la Empresa de Teléfonos de Bogotá se opone a la prosperidad de las pretensiones porque afirma que no fue la constructora de las canalizaciones en el sector del accidente, pues las mismas las realizó por cuenta de la Junta de Acción Comunal del Barrio Campo Hermoso el señor Roberto Martínez. Sobre tales canalizaciones la Empresa prestó una asesoría "técnica" y no sobre la construcción misma de la obra. En tales condiciones afirma que no se da la relación de causalidad entre el fallecimiento

de la menor y el comportamiento atribuido por parte de la actora a la empresa demandada.También propuso la excepción de caducidad de la acción.

Culminada la etapa probatoria, el Tribunal recibió los alegatos de conclusión de las partes, en los cuales cada uno formuló los planteamientos más beneficiosos para sus propios intereses jurídicos y económicos, coincidentes en términos generales, con los razonamientos consignados en el libelo demandatorio y en los memoriales de contestación al mismo.

La fiscalía del Tribunal consideró que frente a la Empresa de Teléfonos no procede la demanda de responsabilidad por cuanto nada tuvo que ver en la construcción y contratación de la canalizaciones para teléfonos. De igual manera, sobre la responsabilidad de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado sostuvo que aquella no fue debidamente comprobada y que se dejaron distintos factores inculpatorios sin demostración en el proceso.

4o. *El fallo recurrido.-*

Analizó el *a-quo* inicialmente las excepciones de caducidad de la acción y las declaró no probadas porque consideró que la demanda se había presentado dentro del término de tres años consagrado en el artículo 28 del Decreto 528 de 1964, aplicable al caso examinado porque el accidente ocurrió en vigencia de dicho estatuto.

De otra parte encontró el a-quo que "las súplicas de la demanda están destinadas al fracaso porque los actores no demostraron en legal forma su legitimación en la causa por activa para pretender que se colocara en cabeza suya el derecho cuya declaratoria reclaman". Consideró el Tribunal que los actores no probaron el estado civil de padres y hermanos de la víctima, pues la prueba documental allegada para tal efecto no era apta para demostrar el parentesco, por cuanto el matrimonio se pretendió demostrar con una partida eclesiástica y los nacimientos con unos certificados en los cuales se omiten los nombres de sus padres. Como consecuencia de no acreditar su legitimación por activa las pretensiones de la demanda fueron negadas.

5o. *La segunda instancia.-*

Inconforme con la anterior decisión, el apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación contra la misma. (Fol. 174).

El recurso fue admitido por el entonces Consejero Sustanciador, cuya determinación fue recurrida en súplica ante los demás Consejeros integrantes de la Sala, la cual confirmó el auto suplicado.

En la oportunidad para alegar de conclusión en la segunda instancia, el apoderado de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá sostiene

que la actora no demostró la relación de causa - efecto entre los hechos dañosos y la actividad u omisión de la demandada; afirma que las causas de la inundación en el sector obedecen al alto nivel freático de la zona, en la cual una poca cantidad de agua lluvia origina efectos multiplicadores que causan inundaciones incontrolables normalmente para la empresa mencionada. Se refiere igualmente a las manifestaciones del ingeniero particular que hizo las obras contratadas con la Junta de Acción Comunal, quien procuró evitar accidentes con perifoneo y avisos de peligro. Para concluir solicita la confirmación del fallo apelado.

La empresa de Teléfonos también alegó de conclusión en esta instancia. Censura la aportación de los documentos sobre estado civil por fuera de la oportunidad legal correspondiente. Con respecto a los hechos formula diversos cuestionamientos acerca de la hora de la muerte de la menor; el sitio, etc. Con relación a los trabajos de canalización afirma que los mismos no fueron ejecutados por la Empresa, ni contratados por ésta a terceros, ni los terrenos de su propiedad, conforme lo demostró testimonial y documentalmente, pues fueron ejecutados a costa y riesgo de la Junta de Acción Comunal del Barrio Campo Hermoso. Para concluir su alegato afirma que no hubo falla del servicio por parte de la Empresa de Teléfonos, ni ocasionó daño alguno y lógicamente no hay nexo causal entre éste y aquella, por lo que debe exonerársele de responsabilidad.

6o. *El concepto fiscal.-*

La señora Fiscal Segunda de la Corporación rindió su concepto de rigor en el escrito visible a los folios 210 a 219. Consideró la Fiscalía que se debía confirmar la providencia apelada en cuanto denegó las súplicas de la demanda, pero por motivos distintos a los contemplados por el Tribunal, " ya que en el expediente obran pruebas que en principio, aunque deficientemente, permitían establecer el parentesco entre los actores y la víctima". Sobre la responsabilidad de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado la encuentra supeditada a la demostración de una falla del servicio en el cuidado y mantenimiento de la tubería y su incidencia en la inundación del pozo donde se ahogó la menor. Con respecto a la Empresa de Teléfonos encuentra el Ministerio Público que la acción se orientó contra un ente jurídico que no estaba obligado a responder administrativamente.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Se refiere la Sala inicialmente a la excepción de caducidad propuesta por las dos entidades demandadas, basadas en que entre la ocurrencia de la muerte (27 de junio de 1983) y la presentación de la demanda (29 de octubre de 1985) había transcurrido un lapso superior a los dos años establecidos en el artículo 136 del C.C.A. La decisión del a-quo al denegar la prosperidad de dicho medio exceptivo debe confirmarse, por cuanto la

misma se acomoda al criterio que actualmente sostiene esta Sección, adecuado o reciente pronunciamiento de la Sala Plena de La Corporación, en el sentido de aplicar el artículo 28 del Decreto 528 de 1964 a hechos acaecidos durante su vigencia, cuando el término de caducidad era de tres años. (Sentencia de Sala Plena Contenciosa Administrativa de noviembre 8 de 1991; expediente No. S-139; Actor: Jesús María Giraldo Consejero Ponente: Dr. Yesid Rojas Serrano.).

Respecto a la legitimación en la causa por activa, cuya omisión probatoria permitió al Tribunal denegar las súplicas de la demanda, la Sala hace las siguientes observaciones:

Sin lugar a dudas la valoración que hace el *a-quo* en la sentencia apelada sobre la demostración de la vocación jurídica de los actores, analizada en estricto e inflexible criterio jurídico resultaría acertada, para entonces, y por lo mismo el desconocimiento de la legitimación en la causa por activa aparentemente no ofrecería reparo de ninguna naturaleza. Sin embargo, no puede pasar por alto la Sala, varias circunstancias procesalmente establecidas que permiten atenuar el rigor interpretativo asumido por el fallador en primera instancia al desechar las documentales sobre el estado civil de los demandantes. Precisamente porque fueron oportunamente allegadas, aún con las deficiencias advertidas, tales documentos permitían al juzgador asumir que los reclamantes eventualmente sí podían ejercer los derechos reclamados. Con mayor razón, hoy, cuando, durante la segunda instancia se trajeron al expediente los documentos, estos sí plenamente eficaces, para acreditar el respectivo estado civil, los cuales, antes que contradecir los inicialmente allegados con la demanda, confirmaron su legalidad y contenido, adecuando la prueba a las estrictas exigencias de ley. Situaciones como la presente, con frecuencia se dan en este tipo de procesos y no en pocas ocasiones se han obviado o subsanado mediante pruebas de oficio, cuya finalidad primordial no es otra que la de salvaguardar los derechos materiales de los demandantes antes que sacrificarlos por un absoluto sometimiento a las formalidades procesales, desconociendo que "el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial", en los términos del artículo 4o. del C. de P.C., hoy elevado dicho criterio a canon constitucional (art. 228 Constitución Nacional).

Las anteriores consideraciones permiten a la Sala examinar el fondo de lo sucedido para determinar si hay o no lugar a declarar la responsabilidad patrimonial de los entes públicos demandados y el consecuente reconocimiento indemnizatorio.

Cabe precisar desde ahora, que la Sala entiende perfectamente que las obras para la instalación del servicio telefónico en el barrio Campo Hermoso de esta ciudad fueron construidas por la Junta de Acción Comunal del mencionado barrio, quienes con sus propios medios contrataron la construcción

de la canalización con el ingeniero Roberto Orlando Martínez Gacharná. Esta contratación, por supuesto, no fue ajena a la Empresa de Teléfonos de Bogotá, pues a ella le correspondía la asesoría técnica necesaria; le asignó el presupuesto que la junta nombrada debía seguir, y se reservaba el derecho de modificarlo de acuerdo con sus necesidades, según lo manifestó el Director de Planeación y Redes de la compañía telefónica. Afirma Hernando Guzmán Yate, Presidente de la Junta aludida, que se contrató al ingeniero Roberto Martínez "quien se encuentra legalmente registrado ante la Empresa de Teléfonos de Bogotá; el doctor Martínez inició la obra sometiéndola a la Asesoría Técnica de la Empresa y a la revisoría del ingeniero interventor que fue nombrado por la Empresa de Teléfonos... De otra parte la Empresa de Teléfonos de Bogotá no puede decir que la obra la construyó la comunidad pero con el visto bueno de la Empresa, hay oficios. Además la obra no se inició hasta que el Departamento de Redes de la Empresa de Teléfonos no hizo el estudio y el diseño de la misma obra" (Fols. 10-12 C.2).

Por su parte el ingeniero José Vicente Rodríguez Monguí, Inspector de Canalizaciones de la Empresa de Teléfonos, quien actuó como inspector de la obra y asesor técnico, manifestó que la asesoría "se hace para verificar que las cámaras cumplan con determinadas especificaciones en su construcción, tales como las profundidades, los niveles con respecto a las calzadas y andenes y los alineamientos y ubicaciones de dichas cámaras... por otra parte, las canalizaciones o excavaciones de los tramos comprendidos entre cámara se deben alinear bajo ciertas normas del Distrito.... Por otra parte, se debe cumplir la profundidad de la excavación ... En muchos casos se asesora en el cuidado de no obstaculizar a los usuarios dando ciertas normas de no tapar las entradas a las casas... La cámara está ubicada en un sector cercano a la entrada de las dos casas contiguas, frente a cada casa existían tablas por donde se podía transitar libremente y salir a donde se quisiera... en cuanto a las Urbanizaciones le entregan un manual de normas técnicas en la cuales va incluida la señalización, pero que en estos casos la Urbanización tiene que seguir mediante su interventoría directa y la empresa da las insinuaciones de seguridad, no como norma estricta de que se cumpla ya que no tiene ningún compromiso de tipo de contrato con la urbanización sino que únicamente le asesora para que tome las medidas pertinentes..." (fols. 30 a 35 C .2).

Las distintas manifestaciones que en lo pertinente se acaban de resaltar, le permiten a la Sala sostener que a pesar de no ser la empresa telefónica demandada la directa constructora de las obras de canalización, sí tenía intereses y compromisos de importancia frente al desarrollo mismo de las obras, el cual, no podía simplemente limitarse a una superficial y genérica inspección e interventoría, sino que tales funciones requerían la exigencia al contratista particular de las más elementales normas de seguridad apropiadas para la clase de trabajos, (canales, excavaciones profundas etc.) que la canalización implicaba. Sin embargo, se quedó corta la Empresa en esas funciones de asesoría y control, de mayor relievancia dado el sector socioeconómico donde

se laboraba, la naturaleza del terreno que facilitaba resbalarse a los transeúntes y la anegación de los canales y la cámara, como puede observarse en la fotografía de prensa que obra a folio 25 del expediente principal, donde se destacan además las tablas de "seguridad" para poder transitar. No podía la administración, y en este caso la Empresa de Teléfonos, pasar desapercibidas las deficientes condiciones de seguridad para la ciudadanía, en unos trabajos públicos, que si bien no los ejecutaba directamente, sí los autorizó, los orientó, los asesoró y posteriormente los recibió para su servicio, de manos de la Junta de Acción Comunal.

Las anteriores apreciaciones señalan que la Empresa falló en sus obligaciones de asesoría y control de la obra referida, falla ésta que incidió de manera definitiva en el accidente de la menor María Isabel Malagón.

Pero la falla del servicio no es atribuible exclusivamente a la compañía telefónica demandada. También comparte esa responsabilidad la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá por cuanto el pozo o cámara donde se ahogó la menor se encontraba inundado con agua proveniente de un tubo conductor del líquido del sector cercano al del accidente, daño que a pesar de haberse informado telefónicamente por distintas personas, sólo vino a repararse, como suele suceder, con posterioridad al deceso de la niña.

Las siguientes manifestaciones testimoniales dejan ver la existencia del daño en el tubo del acueducto y la omisión de la Empresa en repararlo oportunamente.

Hernando Guzmán Yate, Presidente de la Junta de Acción Comunal afirma: "... quedó al descubierto por causa de la obra, uno de los tubos de PVC que conducen las aguas potables por la presión que recibe el tubo, de la fuerza del agua, se estalló dicho tubo... inmediatamente yo personalmente llamé a la Empresa de Acueducto de Bogotá para que viniera a corregir ese daño.... no fui solamente yo el que llamé, el Ingeniero Contratista Dr. Martínez llamó a la Empresa, y muchos vecinos de allí en el barrio... yo considero que la culpa de ese ahogamiento fue por la Empresa de Acueducto porque es la persona encargada de este tipo de arreglos... porque el daño duró más de cinco días, porque si la Empresa hubiera llegado a cubrir el daño, pues ni se hubieran llenado las zanjas de agua, incluso el barrio se inundó...". (Fls. 1-12 C.2).

Macedonio Aponte Rico, relata que "el viernes por la tarde yo llamé al Acueducto, yo llamé el sábado, el lunes volví y llamé y no me contestaron, y ya como ocurrió el accidente, como a los tres días mandaron a arreglarlo...", (Fols 12-13 C.2).

José Vicente Rodríguez Monguí, afirma: " También existió un problema de rotura de acueducto el cual produjo cierta inundación y obstaculizó en

determinado sector la sentada de la tubería... cabe anotar que dicho daño del acueducto no se presentó dentro de la Urbanización sino cerca de la misma y por medio del agua inundada corrió a través de la excavación presentándose cierta inundación dentro de las excavaciones... cuando se terminó de arreglar el daño de acueducto también hubo necesidad de desaguar dichas cámaras...". (Fols. 30-35).

Roberto Orlando Martínez Gacharná, el ingeniero contratista, declaró: "Esta inundación, por lo menos la principal se debió a que en un sector más hacia el oriente del plano de obras se presentó un daño en alguna de las tuberías de conducción de agua potable..... Sí fue obviamente durante el transcurso de la obra que se presentó la inundación debido a esa rotura...". (Fols. 37-42 C. 2).

Los testimonios relacionados enseñan sin dejar ninguna duda que hubo un daño en uno de los tubos conductores de agua potable, la cual comenzó a regarse por la zona, llenó los canales y por estos conductos llegó a las cámaras, colmándolas, sin que los llamados de los vecinos e interesados en las obras surtieran efecto alguno ante la Empresa de Acueducto, cuyos operarios vinieron a "reparar" el daño cuando su negligencia e irresponsabilidad habían colaborado en el deceso de la menor. Los daños en la tubería cuya demora en repararse generaron la inundación de la cámara, configura una falla del servicio de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado, que sirve de fundamento para exigirle responsabilidad por la muerte de la menor.

Para la Sala el fallecimiento de la niña Malagón Malagón no se hubiera producido si la Empresa de Teléfonos de Bogotá hubiese controlado en forma más efectiva y estricta la construcción de la canalización y la Empresa de Acueducto de Bogotá se hubiera preocupado por reparar el daño de la tubería oportunamente denunciado por varias personas. Tales comportamientos omisivos generaron la muerte por ahogamiento de la víctima. También se establecieron los otros dos elementos integrantes de la responsabilidad administrativa como son el daño y la relación causal de éste con las fallas del servicio.

Vienen a propósito para el caso, los planteamientos de la Sala, contenidos en providencia de esta misma fecha en el proceso No. 7098, Actor: Hernando Pereira y Otros, en el cual, con ponencia del Consejero Julio Cesar Uribe Acosta, se expresó:

> "A lo anterior se agrega que a la luz de lo preceptuado en el artículo 2346 del Código Civil, los menores y los dementes no son capaces de cometer delito o culpa. En esta oportunidad la Corporación desea recordar que los niños tienen derecho, por mandato de los artículos 44 y 24 de la Constitución Nacional, a la RECREACION y a la CIRCULACION LIBRE, lo que significa que el Estado no puede llenarles el espacio de

riesgos porque con ello se desequilibra su seguridad. La Sociedad está obligada a dar al niño lo mejor de ella misma, con el fin de no privarlos de alegría, cariño, seguridad y educación. El niño también demanda del Estado ternura, pues ellos no son un estorbo que tenga que ser soportado. Por ello recuerda GREGORIO MATEU: 'En las fronteras del año 2.000 sigue siendo verdad que el niño es el milagro más permanente de la vitalidad de la creación. Los niños siguen jugando en las calles y plazas de nuestras ciudades y se muestran como el contra punto necesario a tanta tecnología agobiante. No quisiera que se apagaran las ilusiones de los niños, ni que dejaran de jugar con una cuerda, un simple palo o una vulgar cometa. Habría muerto el sortilegio de la creatividad' (Brotes de Ternura, pág. 73).".

Desde luego que también la Junta de Acción Comunal debería responder por el daño producido, en solidaridad con los entes oficiales. Sin embargo su conducta no es susceptible de ser valorada ni sancionada por esta jurisdicción. dado que dicha persona jurídica no fue demandada. En tales condiciones, les cabe a las dos empresas de servicios demandadas compartir la responsabilidad de la muerte de la niña, así como la indemnización a que haya lugar, con criterio de solidaridad frente a lo sucedido, precisamente por fallas concurrentes en los servicios que a cada una les correspondía prestar.

Como consecuencia de lo anterior, surge en favor de los demandantes el derecho a ser indemnizados por los perjuicios recibidos, Sin embargo, dada la escasa edad de la víctima y la ausencia de su comprobación, no se reconocen perjuicios materiales.

En cuanto a la indemnización por perjuicios morales, estos se reconocerán en favor de Rodolfo Malagón, María de Jesús Malagón de Malagón, padres de la víctima y de sus hermanos, en quienes es factible presumir su afectación moral por la muerte de su hermana, por cuanto en razón de las condiciones socioeconómicas del grupo familiar, así como por la edad de todos ellos, es dable concluir que convivían en el mismo hogar y compartían los cotidianos sentimientos de fraternidad inherentes a dicha convivencia. Lo anterior se respalda además con las declaraciones que en tal sentido rindieron Macedonio Aponte Rico y María Domitila García de Castellanos. (Fols. 12 a 14 C. 2). Para cada uno de los padres se le reconocerá el equivalente en pesos a 1.000 gramos de oro fino y para los hermanos el equivalente a 500 gramos del mismo metal, de acuerdo con el precio interno que certifique el Banco de la República a la ejecutoria de este fallo. Sin embargo, como el menor Luis Alejandro Malagón Malagón nació el 11 de noviembre de 1984, es decir, con posterioridad al fallecimiento de la víctima, no le corresponde por esta circunstancia reconocimiento indemnizatorio.

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

FALLA:

PRIMERO : Revócase la sentencia apelada, esto es, la de 6 de diciembre de 1990, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera.

SEGUNDO. Declárase administrativa y solidariamente responsables a las Empresas de Teléfonos de Bogotá y Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, por la muerte de la menor María Malagón Malagón, ocurrida el 27 de junio de 1983 en Bogotá.

TERCERO: Como consecuencia de la anterior declaración, a título de indemnización por perjuicios morales, la Empresa de Teléfonos de Bogotá y la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, pagarán solidariamente, a los señores Rodolfo Malagón y María de Jesús Malagón de Malagón, el equivalente en pesos a 1.000 gramos de oro fino para cada uno de ellos. Para Jaime, Luz Martha, Gloria Custodia, Eva Cecilia, Ana Bertilda, Rosa Orfilia y Angel Rodolfo Malagón Malagón, hermanos de la víctima, el equivalente en pesos a 500 gramos de oro fino para cada uno.

El Banco de la República certificará sobre el precio interno del oro para la fecha de ejecutoria de esta providencia y los interesados acompañarán esta certificación a las respectivas cuentas de cobro.

CUARTO : Deniégase las demás pretensiones.

QUINTO: Dese cumplimiento a los artículos 176 y 177 del C.C.A., para lo cual por Secretaría se expedirán copias de las sentencias con constancia de su ejecutoria, con destino a las partes, haciendo las precisiones del artículo 115 del C. de P.C.

COPIESE, NOTIFIQUESE, CUMPLASE Y DEVUELVASE.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha, dos (2) de julio de mil novecientos noventa y dos (1992).

Daniel Suárez Hernández, Presidente de la Sala; *Carlos Betancur Jaramillo, Juan de Dios Montes Hernández, Julio César Uribe Acosta.*

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

INTERRUPCION DEL PROCESO - Improcedencia / **ENFERMEDAD GRAVE /NULIDAD PROCESAL** - Improcedencia.

Afecciones que no pueden ser consideradas como graves, que no traen por virtud hacer perder la conciencia del apoderado y, por lo mismo le permiten hacer sustitución del poder o tomar las medidas para ser reemplazado, así sea transitoriamente, no podrán aceptarse como suficientes, para interrumpir las actuaciones judiciales en las cuales intervenga. Por otra parte, el inciso 2o. del artículo 142 del C. de P.C. al precisar la oportunidad para proponer las nulidades procesales, con toda claridad señala que la que se viene comentando, o sea, " por no, interrupción del proceso en caso de enfermedad grave, deberá alegarse dentro de los cinco días siguientes al en que haya casado la incapacidad. En el *sub-lite* la solicitud fue extemporánea.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera

Santafé de Bogotá, D.C., Julio dos (2) de mil novecientos noventa y dos (1992)

Consejero Ponente : *Doctor Daniel Suárez Hernández*

Referencia: Expediente N°. 7005 Actor : Otoniel Antonio Varela Arias.

Procede la Sala de decisión a resolver el recurso de súplica ordinaria impetrada por el actor contra el auto de mayo 12 de 1992 proferido por el señor Consejero Ponente doctor JUAN DE DIOS MONTES HERNANDEZ,

según el cual resolvió: "NEGAR la solicitud presentada por el apoderado judicial del actor", esto es, la de "..., disponer la declaratoria de la interrupción del trámite del recurso, a partir de hecho que la originó; declarar la nulidad de todo lo actuado y en su lugar disponer restituir los términos, con el fin de dar cumplimiento a la prestación de la caución en la forma prevista en la norma Contencioso Administrativa", según memorial visible a folio 36.

El auto suplicado, para arribar a la decisión materia de recurso, tuvo en cuenta los siguientes considerandos:

"1. El término para prestar la caución venció el 21 de enero de 1992 según la constancia secretarial que obra a folio 27.

"2. El solicitante presenta fotocopia autenticada de la certificación médica de incapacidad, entre el 24 y el 28 de febrero de 1992 (fl. 35), es decir, cuando el término para otorgar la caución estaba vencido.

"3. Las constancias médicas visibles a folios 30 y 31 del expediente, no son autenticas y, por lo tanto, no se pueden tomar en cuenta para la decisión.

"4. En conclusión el solicitante no ha demostrado la causal de interrupción del proceso o de la reposición de términos."

ANTECEDENTES

1. El señor OTONIEL ANTONIO VARELA ARIAS el 25 de septiembre de 1991 formula demanda de revisión con base en la causal sexta (6) del artículo 41 del Decreto 2304 de 1989 contra la sentencia de fecha 18 de septiembre de 1989 dictada por el Tribunal Administrativo del Chocó, dentro del proceso que aquél instauró contra el Instituto de Fomento Municipal "INSFOPAL".

2. Atendiendo la preceptiva contenida en el artículo 190 del C.C.A., el Magistrado Sustanciador por auto de 22 de noviembre de 1991, ordenó al actor prestara caución por un millón de pesos ($1.000.000) dentro del término de quince (15) días a partir de la ejecutoria de tal proveído. Esta decisión, cobró ejecutoria por no haber sido protestada por el interesado.

3. Según constancias secretariales a folio 26, vuelto 27 y 28, el término señalado para prestar la caución feneció el 21 de enero de 1992 sin que el actor hubiere cumplido con dicha carga procesal, o, al menos, se hubiere pronunciado en algún sentido.

4. La anterior conducta omisiva hizo que el Magistrado Sustanciador dictara el auto de 7 de febrero de 1992 (folio 29) para declarar desierto el Recurso Extraordinario de Revisión impetrado.

5. Conforme a escrito que ocupa el folio 36, al actor allega los documentos visibles a folios 30 a 35, los dos primeros originales sin autenticación alguna y los cuatro últimos en fotocopias autenticadas de originales sin autenticar, todos tendientes a acreditar que el señor apoderado del actor desde el 6 de enero de 1992 y por doce semanas siguientes, estuvo incapacitado para laborar por haber sufrido serios traumatismos en su salud el día 6 de enero del año en curso. Agregó el memorialista que tales circunstancias tipifican la causal de INTERRUPCION DEL PROCESO prevista en el numeral 2 del artículo 168 del C de P.C. Que tales hechos han sido también puestos de presente ante el juzgado 11 Civil del Circuito de esta ciudad y Sala Civil del Tribunal Superior de la misma, en otros procesos puestos bajo su dirección.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. La enfermedad GRAVE del apoderado judicial de alguna de las partes, efectivamente está consagrada como causal de interrupción del proceso (artículo 168. numeral 2). Resalta la Sala el adjetivo utilizado por la normativa en cuestión, para dar a entender que no se trata de cualquier traumatismo en la salud de los apoderados, sino que debe tener el calificativo de mayúsculo o grave; así, si un profesional del derecho que atiende procesos judiciales fuere víctima de un infarto cardíaco, trombosis o derrame cerebral que transitoriamente le impidan realizar mínimas gestiones para sustituir el mandato o para noticiar a su cliente a efecto de que proceda a reemplazarlo. Pero afecciones que no puedan ser consideradas como GRAVES. verbigracia fractura de alguna extremidad superior o inferior, dolores lumbares y musculares en general, virus respiratorios, o, similares, que no traen por virtud hacer perder la CONCIENCIA del apoderado y, por lo mismo le permiten hacer sustitución del poder o tomar las medidas para ser reemplazado, así sea transitoriamente, no podrán aceptarse como suficientes, para interrumpir las actuaciones judiciales en las cuales intervenga.

2. Por otra parte, el inciso 2 del artículo 142 del C. de P.C. al precisar la oportunidad para proponer las nulidades procesales, con toda claridad señala que la que se viene comentando, ó sea, "por no, interrupción del proceso en caso de enfermedad grave *deberá alegarse dentro de los cinco (5) días* siguientes que en que haya casado la incapacidad". (Subraya la Sala)

3. Para la Sala de decisión son suficientes los considerandos que contiene el auto impugnado, para negar la solicitud de nulidad que por enfermedad grave pretende el actor, pero adicionalmente quiere llamar la atención y agregar como nuevo fundamento de tal rechazo, la extemporaneidad con que el

solicitante formuló su solicitud, lo que acarrea preclusión de tal oportunidad tal como se vio a voces del inciso 2 del artículo 142 del C. de P.C., dado que los memoriales por él presentados ante el Juzgado 11 Civil del Circuito y Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, tienen fecha 28 de febrero de 1992 en tanto que la solicitud radicada ante esta Corporación lleva fecha marzo 31 de 1992 (folio 36 vuelto). Esto es, que si para la primera de las fechas que se resalta el apoderado se encontraba actuante ante la jurisdicción ordinaria, también debería estarlo para ante esta jurisdicción en dicha oportunidad, pero extrañamente tan sólo viene a formular su solicitud en marzo 31 de 1992.

Por lo expuesto la Sala de decisión

RESUELVE:

CONFIRMESE el auto suplicado, esto es, el de 12 de mayo de 1992.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE el expediente al Despacho de origen.

Esta providencia fue discutida y aprobada en sesión de fecha, julio 2 de 1992.

Daniel Suárez Hernández, Presidente de la Sala; *Carlos Betancur Jaramillo, Julio César Uribe Acosta.*

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

PERJUICIOS MORALES A HERMANOS / EQUIDAD/ PRESUNCION DE HOMBRE

La Sala, manejando el criterio auxiliar de equidad a que hace referencia el artículo 230 de la Constitución, condenará al pago de perjuicios morales en favor de los hermanos de la víctima. Se acude a la equidad, porque ella es parte subjetiva de la justicia legal. Con presunción de hombre la Sala concluye que hermanos de tan corta edad vivían bajo el mismo techo con quien demostró ser el padre. Aplicar con todo el rigorismo la jurisprudencia tradicional sobre la prueba del afecto, etc., etc., generaría una injusticia, por ello se enseña que la equidad permite a quien deba juzgar el caso dejar de lado el texto legal o la jurisprudencia misma, para realizar la solución exigida por la naturaleza de las cosas.

RESPONSABILIDAD POR TRABAJOS DE LA VICTIMA - Inexistencia/ **DERECHOS DEL NIÑO**

Cuando la administración contrata la ejecución de una obra pública es como si ella misma la llevara a cabo y, por lo mismo, se hace responsable de los daños que el contratista cause a terceros. Los menores y los dementes, de acuerdo con el artículo 2346 del C.C., no son capaces de cometer delito o culpa, los niños tienen derecho, por mandato constitucional, a la recreación y la circulación libre, lo que significa que el Estado no puede llenarles el espacio de riesgos porque con ello se desequilibra su seguridad. La sociedad está obligada a dar al niño lo mejor de ella misma, con el fin de no privarlos de alegría, cariño, seguridad y educación. El niño también demanda del Estado ternura, pues ellos no son un estorbo que tenga que ser soportado.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera

Santafé de Bogotá, D.C., julio dos (2) de mil novecientos noventa y dos(1992)

Consejero Ponente : *Doctor Julio César Uribe Acosta*

Referencia: Expediente N°. 7098. Actor : Hernando Pereira y Otros.

Demandado: Municipio de Piedecuesta (Santander)

- I -

Agotada la tramitación procesal de ley, sin que se observe causal de nulidad que vicie la actuación, procede la Sala a desatar el recurso de apelación, interpuesto por el apoderado de la parte actora, contra la sentencia calendada el día veinticuatro (24) de septiembre de mil novecientos noventa y uno (1991), proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, que en su parte resolutiva D I S P U S O :

"PRIMERO.- Declarar que el Municipio de Piedecuesta (s), es administrativamente responsable de los perjuicios causados a los señores HERNANDO PEREIRA Y SUSANA TORRES RONDON con ocasión de la muerte del señor Miguel Angel Pereira Torres, el día 30 de agosto de 1988, dentro de esa jurisdicción, en las circunstancias de tiempo, modo y lugar precisados en la parte motiva de esta providencia.-

"SEGUNDO.- Condenar al Municipio de Piedecuesta, al pago de perjuicios morales causados al señor Hernando Pereira y Susana Torres Rondón, en la cantidad de setecientos (700) gramos oro para cada uno de ellos, por lo expuesto en la motivación de este proveído.-

"TERCERO.- Condénase en abstracto al Municipio de Piedecuesta al pago de los perjuicios materiales ocasionados a los demandantes como consecuencia de la muerte del menor Miguel Angel Pereira Torres.-

"CUARTO La suma de dinero que resulte por concepto de perjuicios morales reconocidos, causará intereses comerciales dentro de los seis (6) meses siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, de ahí en adelante intereses moratorios (Art. 177 C.C.A.).

"QUINTO.- El Municipio de Piedecuesta dará cumplimiento a lo dispuesto en este fallo dentro de los términos previstos en el art. 176 del C.C.A.

"SEXTO.- En caso de no ser apelada esta sentencia, consúltase con el superior.

Para la mejor comprensión jurídica de todas las circunstancias legales, generales y particulares del caso, se transcribe a continuación lo pertinente del fallo en el cual se razona judicialmente dentro del siguiente temperamento:

"El señor Hernando Pereira, quien obra en representación de sus menores hijos Leidy Patricia, María Alicia y Carmen Cecilia Pereira Torres, y su esposa Susana Torres Rondón, otorgaron mandato judicial a un profesional del derecho para presentar demanda contra el Municipio de Piedecuesta, en ejercicio de la acción de reparación directa y con el fin de que agotado el procedimiento ordinario correspondiente se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

"Que el Municipio antes citado es responsable por los perjuicios causados a los poderdantes con ocasión de la muerte accidental que sufrió su hijo y hermano.-

"Que como consecuencia de la anterior declaración el Municipio de Piedecuesta debe pagar a las personas mencionadas los perjuicios en la cuantía que determinen los peritos dentro del proceso.-

"FUNDAMENTOS DE HECHO

"Se explica dentro del contenido del libelo que el día 17 de enero de 1986 nació en esa localidad el niño Miguel Angel Pereira Torres, hijo legítimo de sus padres y hermano de los menores a quienes antes aludimos, con quienes convivía en su hogar. El niño mencionado tenía un año y ocho meses de edad y su contextura física le permitía salir por los alrededores de su casa a jugar con otros compañeros de su edad, sin menoscabo de su integridad dentro de condiciones normales..-

"El día 30 de agosto de 1988 a eso de las 2 p. m salió Miguel Angel de su casa de habitación ubicada en este Municipio en la calle 2a N° 11-28 del barrio Villanueva y se dirigió al lugar acostumbrado de juegos y retozos con los pequeños del vecindario, en un lote de terreno descubierto, sin cerramientos y de propiedad del Municipio de Piedecuesta en donde se pretende construir la casa de mercado; esta área de terreno es de aproximadamente 7 1/2 hts. y con matrícula inmobiliaria N° 314-0001135 según consta en la escritura número 239 del 3 de mayo de 1974, Notaría - Unica de ese Municipio.-

"En el predio que acabamos de identificar, por la fecha en que acontecieron los hechos motivo de la demanda, se habían excavado unos huecos profundos que albergarían las bases para la construcción de la casa de mercado; esta área no se hallaba separada de la vía pública

por cerca alguna, ni los rotos hechos en la superficie tenían protección o señales para evitar que quien transitara por el lugar cayera en ellos, antes bien, estaban cubiertos o llenos de agua lluvias y a uno de ellos cayó el pequeño Miguel Angel Pereira cuando se hallaba jugando, sin que hubiera sido posible prestarle ayuda, habiendo perecido por inmersión como lo certificó el legista.-

"Al continuar la exposición, la demanda hace caer en cuenta que el Municipio a través de sus agentes, no tomó medida alguna para cercar o construir muros en el trayecto de delimita la calle pública y el predio de su propiedad, habiendo dejado abandonada las construcciones o las obras, hasta el punto que los huecos en vez de albergar pivotes para la edificación, se llenaron de agua, convirtiéndose en lugares peligrosos a manera de foso y que se constituyeron en la trampa mortal de pequeño mencionado.-

"Al momento de ocurrir el percance, el niño gozaba de plena salud, pues se encontraba jugando en ese terreno que por negligencia y descuido de la administración se había constituido en un sitio no recomendable para el tránsito de peatones y de menores de edad—

"Con la muerte del menor tantas veces mencionado sus padres y hermanos sufrieron un perjuicio psicológico grave, produciéndoles trastornos físicos y sufrimientos morales invaluables, ya que el dolor de su desaparición intempestiva e inesperada los privó de su compañía tempranamente. Su padre debió sufragar los gastos de entierro que ascendieron a la suma de $ 100.000.00.-

" CONSIDERACIONES DE LA SALA

"La Corporación al iniciar el estudio del presente caso, procede a resolver en primer término las excepciones de inepta demanda y de falta de legitimación en la causa propuesta por la parte demandada, con fundamento en las siguientes precisiones de orden legal:

"En lo atinente a la primera de las citadas se arguye que la misma debe prosperar por no haberse dirigido el libelo contra, "el virtual responsable extracontractualmente de la muerte del menor, que en este caso es la Sociedad Angelmiro Rondo (sic) & Cía Ltda., de conformidad con los hechos anteriores y no el Municipio de Piedecuesta". No encuentra la Sala asidero legal a este planteamiento, en virtud a que los accionantes consideraron que el directo responsable era el Municipio, hecho que deberá demostrarse en el transcurso del proceso para descartar o condenar al ente territorial, además la misma parte demandada está aceptando que el lugar donde ocurrieron los hechos fue en un lote de propiedad del ente demandado, pues así lo reconoce al iniciar al fl. 39 del expediente

la argumentación sobre las excepciones en su literal 1°. En consecuencia dicha excepción no está llamada a prosperar.

"En cuanto tiene que ver con la falta de legitimación en la causa, los argumentos expuestos anteriormente sirven para desvirtuarla, pero a manera de complemento debemos decir que una cosa es el predio en el cual acaeció el hecho que se está analizando y otra la relación contractual que pudo establecerse entre la Sociedad Angelmiro Rondón & Cía. Ltda. y el Municipio de Piedecuesta, para construir allí la plaza de mercado.-

"La Sala acomete a continuación el análisis de los argumentos fácticos que le sirven de sustento al libelo y las probanzas arrimadas en desarrollo del proceso:

"Al examinar detenidamente el expediente se encontró que el documento que obra al fl. 14, no era suficiente para acreditar la relación de parentesco que existía entre el menor fallecido y los accionantes, por ello a través del auto de fecha 25 de junio del presente año, se ordenó librar oficio a la Notaría del Círculo de Piedecuesta para que se allegara fotocopia autenticada del registro matriz de nacimiento. Al fl. 119 aparece incorporado y de él se puede establecer que con fecha 24 de enero de 1986 se sentó el registro del menor Miguel Angel Pereira Torres, en cuyo respaldo se lee:

"Para efecto del artículo primero (1°) de la Ley 75 de 1968, reconozco al niño a que se refiere esta acta como mi hijo natural, en cuya constancia firmo":

"Se observa por lo tanto que el infante fue reconocido con anterioridad a que ocurrieran los hecho motivo de este litigio, ya que en tal documento se estampa la firma del sr. Hernando Pereira quien hace el reconocimiento como padre del fallecido.-

"Las certificaciones aportadas a los fls. 11, 12 y 13 adolecen de una serie de deficiencias, tales como que las correspondientes a las menores María Alicia y Leidy Patricia Pereira Torres, expedidas el 2 de diciembre de 1988 por la Notaría antes citada, tienen al respaldo sendas notas en las cuales se indica el reconocimiento de esos menores como hijos naturales del señor Hernando Pereira, que si bien pueden cumplir hacia el futuro con las exigencias de la ley 75 de 1968, para el presente caso estas anotaciones, pudiéramos calificarlas de extemporáneas para establecer parentesco real y jurídico entre el menor accidentado y sus supuestas hermanas. De otra parte, la certificación correspondiente a Carmen Cecilia Pereira Torres, si bien aparece expedida con fecha 27 de agosto de 1986, no tiene al respaldo ningún tipo de reconocimiento

que permita deducir que es hija de los accionantes. A manera de complemento la Sala anota que los 3 certificados fueron expedidos para fines distintos del de acreditar parentesco; en consecuencia los medios citados no tienen fuerza probatoria para establecer parentesco real y jurídico entre el menor accidentado y sus supuestas hermanas. De otra parte, la certificación correspondiente a Carmen Cecilia Pereira Torres, si bien aparece expedida con fecha 27 de agosto de 1986, no tiene al respaldo ningún tipo de reconocimientos que permita deducir que es hija de los accionantes. A manera de complemento la Sala anota que los 3 certificados fueron expedidos para fines distintos del de acreditar parentesco; en consecuencia los medios citados no tienen fuerza probatoria para el caso en concreto, por lo tanto a dichos menores no podrá reconocérseles ningún tipo de indemnización, en razón a que es fundamental en este tipo de acciones a probar el parentesco con la víctimas en debida forma y a través de medios de convicción idóneos.-

"La Corporación considera que además de los documentos que aparecen anexados al expediente a los fls. 2 y s. s. con los cuales se pretende demostrar que en cabeza del Municipio se hallaba la propiedad del terreno a que nos hemos referido, al momento de contestarse la demanda, la apoderada judicial de esa localidad aun cuando inicialmente al contestar los hechos del libelo expresa que ese tópico ha de probarse, a renglón seguido está aceptando que su mandatario es el dueño del predio, cuando textualmente expresa lo siguiente en el acápite correspondiente a excepciones:

"PRIMERO. La administración Municipal de Piedecuesta, celebró contrato de Obras Públicas con la Sociedad Angelmiro Rondón & Cía. Ltda, para la construcción de la Plaza de Mercado Satélite de Piedecuesta, en el lugar del hecho".

"Además de lo anterior sirve como complemento la copia de la escritura pública Nº 239 levantada en la Notaría Unica del Círculo de Piedecuesta, en donde consta que el entonces Alcalde de ese Municipio, Rafael Gómez Nigrinis compró al señor Roque Julio Quijano Ardila el predio que, con extensión aproximada de 7 1/2 hts se segrega del denominado San Francisco, ubicado en ese Municipio y cuyos linderos se hallan transcritos en el texto de la demanda. El mencionado documento fue registrado en la oficina de Instrumentos Públicos de Piedecuesta y su número de matrícula es el 314-0001135.-

"A los fls. 7 y 8 del expediente aparecen 5 fotografías tomadas por el señor Luis Alberto Caballero, quien en declaración rendida ante esta Corporación el día 17 de enero de 1990 (fl. 85) expresó que esas fotos las había registrado él en el año de 1988 a finales de septiembre, en ellas se puede establecer una serie de huecos intercalados, profundos y

en efecto llenos de agua, sin ninguna señal que advierta peligro, sin cercamientos y en su sitio despoblado.-

"Los declarantes Juan Bautista Mendoza y Olga Cecilia Castellanos Moreno expresaron el día 16 de enero de 1990 que como residentes en Piedecuesta tenían conocimiento de que ese lote de terreno era de propiedad del Municipio, pues allí quedaba el coliseo de ferias de esa localidad y el Estadio Villa Concha, en medio de los cuales se halla la explanación donde se va a hacer la plaza de mercado en donde estaban ubicados los huecos.-

"En cuanto atañe con la muerte del menor Miguel Angel Pereira, observa la Sala que el fl. 15 se aportó fotocopia autenticada del Registro de Defunción de fecha 31 de agosto de 1988, de la Notaría de ese lugar en donde se indica que la causa del deceso se presentó por edema pulmonar agudo debido a inmersión, lo cual está certificado por el Médico JURG NIEDEBACHER. Se incorporó también el documento que contiene la necropsia practicada al cadáver del niño, de donde se puede establecer los siguientes hechos:

"1. La edad era de dos años y siete meses; presentaba cianosis generalizada; por la nariz había salida de material espumoso de color marrón, todo lo cual se observaba del examen exterior de su cuerpo.-

"2. En el examen interno que se realizó por parte del, medico legista, se extracta textualmente, que, "los pulmones están turgentes y edematizados con abundante líquido espumoso de color rosado-carmelito en su interior, han perdido su coloración normal... el estómago está repleto de material acuoso, espeso y marrón; hay distensión de asas intestinales por contenido hidro-gaseoso".

"3. La conclusión a la que arriba el Dr. JURG NIEDEBACHER es la de que, "en síntesis se encuentra cadáver de un menor se sexo masculino de 2 años y siete meses, quien fallece por edema pulmonar agudo e hipoxia cerebral, secundarios a sumersión. Dichas lesiones son de naturaleza mortal". (fls. 93 y 94).-

"En la declaración rendida por la señora Olga Cecilia Castellanos Moreno, ante este Despacho, al solicitarse que hiciera un relato del accidente donde perdió la vida el niño Pereira Torres, contestó lo siguiente:

"El 30 de agosto hasta dos años ocurrió el accidente, en un sitio donde dizque iban a hacer una casa de mercado de Piedecuesta (S), se que los niños fueron a salir después del medio día cuando llegaron con la razón de que un niño se había ahogado allí fue la mamá del niño quien dijo

parece que mi niño se ahogó y fuimos a mirar y si allá estaba el niño ahogado, pues la mamá se metió y lo sacó del pozo ya muerto, eran unos huecos tremendos llenos de lodo habían como cinco o ocho huecos no recuerdo bien, luego el niño se llevó al hospital, pero el niño como dije ya estaba muerto y después ya se hizo el entierro y todo".

"De conformidad con las circunstancias antes descritas, el libelista plantea ante la Corporación la existencia de una responsabilidad objetiva por parte del Municipio de Piedecuesta, por su actuación omisiva, al no tener los ciudadanos necesarios para ordenar oportunamente la construcción de vallas o cercas que delimitaran ese predio, constituyéndose lo anterior en una falla del servicio.-

"Aduce dentro de su argumentación que el hecho de no garantizarse la seguridad a los habitantes de esa población, en el sentido además de haber colocado unos avisos de peligro o prevención, cerca a los pozos o huecos en donde se ahogó el niño Pereira Torres, constituye una flagrante violación de los Arts. 16 y 20 de la C. N., que exigen de las autoridades la garantía de seguridad a la vida, honra y bienes de sus asociados.-

"En el caso *sub-lite* se ha causado un daño a la familia del menor que exige establecer responsabilidades a ese Municipio con las consecuentes condenas pecuniarias a favor de sus padres y hermanos reconocidos dentro de este proceso.-

"En criterio de la Sala, después de sopesar y confrontar los hechos con las pruebas aportadas en el expediente, se llega a la conclusión de que evidentemente se trata de una falla del servicio público por parte del Municipio de Piedecuesta, pero aminorada por cuanto los padres del menor también incurrieron en responsabilidad al dejarlo sin ningún control en un terreno de las características ya descritas y que necesariamente ofrecía peligrosidad para los niños que iban a jugar a ese lugar.-

La corporación a fin de desarrollar estos presupuestos y según lo ha ratificado en innumerables oportunidades la doctrina y la jurisprudencia entiende que como régimen que podía llamarse de derecho común de la responsabilidad administrativa aparece el que se funda en el concepto de la falta o la falla en el servicio público. Se caracteriza por tres elementos constitutivos, a saber:

a. Una falta o falla del servicio.

b. Un perjuicio.

c. Una relación o vínculo de causalidad entre la primera y el último.-

"Dentro de este esquema de responsabilidad la noción de falla es esencial, ya que corresponde al actor dar la prueba de su ocurrencia, pues en el evento de la falta de esa probanza condena al fracaso las pretensiones que la requieran. La administración demandada se exonera de toda responsabilidad cuando logra demostrar que el evento ocurrió por caso fortuito, fuerza mayor o culpa exclusiva de la víctima; de otra parte también se extingue su compromiso de responsabilidad cuando logra probar que el hecho dañoso es imputable a un tercero o a dolo o culpa grave de su agente.-

"Para el caso en estudio y como lo dijimos anteriormente, la exoneración será solamente parcial, pues en la producción del suceso perjudicial coparticipó la falla del servicio con la culpa invigilando por ello la responsabilidad estatal queda limitada.-

"Para acreditar la falla del servicio la Sala apela a los argumentos ya esbozados cuando se demostró la propiedad del bien en cabeza del Municipio de Piedecuesta, los testimonios de las personas que en la exposición de su dicho afirmaron conocer ese lugar como de propiedad de ese ente territorial destinado en una de sus partes para la construcción de la casa de cercado; de otra parte, obra a los fls. 41 y s. s. del expediente el contrato suscrito entre el Municipio representado por el Sr. Vladimir Uribe Jiménez y la firma Angelmiro Rondón y Cía Ltda. quien actúa a través de su representante legal el cual se celebró para la construcción, estructura y mampostería de la casa de mercado y de fecha 21 de agosto de 1987.-

"En la respuesta a la demanda, la representante legal del Municipio acepta que el lugar donde ocurrieron los hechos había sido destinado para esta construcción, al afirmar que, "se encontraba a disposición de la Sociedad Angelmiro Rondón & Cía. Ltda. y no del Municipio de Piedecusta, según consta en el acta de liquidación del contrato de fecha 23 de noviembre de 1988 que se anexa al presente".-

"Los testimonios rendidos en audiencia pública por el Sr., Juan Mendoza Rodríguez y Olga Cecilia Castellanos Moreno, permiten establecer a la Corporación que en efecto en el terreno tantas veces mencionado no existían muros delimitantes, cercas aislantes que impedirían el tránsito normal de peatones, o en su defecto, la señalización correspondiente y los avisos preventivos que alertaran sobre el desarrollo de la construcción a que hemos aludido anteriormente.-

"El señor Juan Bautista Mendoza afirma que el propietario del terreno es el Municipio y expresa que en tal lugar se había construido el Estado Villaconcha y el Coliseo de Ferias; al ser preguntado sobre si el lote o franja de terreno por la época en que acaecieron los hechos, tenía

cerramientos con respecto a la vía pública que impidieran el acceso a él, respondió:

"... no existía ningún encerramiento o cerca que prohibiera la entrada al lote en mención".

"Al preguntársele si vio alguna señal o vestigios de ella que permitiera advertir el peligro que presentaban las construcciones o pozos adelantados allí por el Municipio de Piedecuesta, contestó:

"... Absolutamente ninguna porque ni cerca, ni avisos ni nada que diera a entender que había peligro, simplemente a la parte de atrás de los pozos había una caseta como para celador, pero muy posiblemente estaría abandonada porque allí no había nadie".

"Con relación a que si lo pozos o huecos en referencia se encontraban cercado, de tal manera que impidieran que personas o animales inadvertidamente cayeran allí, expresó:

"Ya dije que ni los pozos ni el lote en mención tenían absolutamente valla o cercado que prohibiera el acercamiento a ellos, yo precisamente vandeándome por medio de algunos llegué hasta el hueco donde decían que el niño se había ahogado y pude agacharme con el fin donde estaba el nivel o profundidad del agua, de tal forma que no había ningún cercado" (f. 82 y s. s.).-

"De la declaración rendida por la señora Castellanos Moreno (fl. 83 y s. s.)., la Corporación también puede sacar algunas conclusiones sobre la imprevisión por parte del Municipio demandado, ya que ella acompañó a la madre del menor el día del accidente a rescatar a su hijo del pozo en donde había caído, muriendo por ahogamiento. En sus manifestaciones explica que los huecos que tenía ese terreno los habían hecho para construir la casa de mercado y que ese lugar se encontraba a unas tres o cuatro cuadras de distancia de la casa del niño Miguel Angel Pereira, es decir, un sitio cercano a donde quedaba su hogar.-

"Su testimonio presenta coincidencias con la declaración del Sr. Mendoza Rodríguez, cuando concretamente afirma que en ese sitio no existía ninguna cerca o muro de protección que impidiera su acceso, igual planteamiento hace en relación con los fosos que allí se encontraban para instalar las bases de la construcción.-

"Respondió a las siguientes preguntas, de esta manera:

"Sírvase manifestar si ese sitio era o no peligroso para que estuvieran jugando allá los niños. Contestó: si el sitio es peligroso pero un niño de

dos años no conoce el peligro. Sírvase manifestar si el lugar donde se encuentran los huecos es donde habitualmente se reúnen a jugar, los niños de ese sector, contestó: "A ese sitio si van niños a jugar, pero niños grandes y el niño pequeño tal vez se fue detrás de los otros grandes" (f. 83 v).-

"En criterio de la Sala, de acuerdo con las pruebas ya estudiadas el perjuicio se encuentra plenamente establecido, ya que el hecho de la muerte del menor se halla acreditado, así como las circunstancias que lo motivaron; el nexo de causalidad entre la falla del servicio y el daño se colige de las circunstancias fácticas que rodearon el insuceso, la falta de responsabilidad del Municipio al no prevenir o precaver un daño como el que estamos analizando y que evidentemente ocurrió por no tomarse las medidas preventivas naturales y obvias, cuando se trata de proteger a los miembros de una comunidad que se encuentran dentro de su jurisdicción territorial.-

"En este evento, - como lo expresamos anteriormente-, la responsabilidad debe ser deducida parcialmente, ya que en el sentir de la Corporación se ha presentado el fenómeno de la culpa invigilando, entendida esta como causal exonerativa de responsabilidad del ente al cual se le imputa un daño. Es una figura consustancial con el derecho de responsabilidad. En consecuencia el juez al examinar las circunstancias concretas en que se presentó el perjuicio debe apreciar el comportamiento de quien habiéndolo sufrido pretende indemnización.

"En efecto, nos encontramos frente a una culpa in-vigilando de parte de las personas que tienen bajo su cuidado y orientación a sus menores hijos, en este caso como es natural a sus padres, quienes hubieran debido impedir oportunamente el desplazamiento del niño a ese terreno, que lo convertía en una trampa mortal para pequeños como éste que no gozan de capacidad de discernimiento o raciocinio propio de los adultos, que les impida exponerse imprudentemente al peligro. Por ello, considera la corporación que este factor eximente parcial, incide en la graduación de la condena, que debe ser reducida en un 30% sobre el monto total de las sanciones a imponer en tratándose del daño moral subjetivado.-

"Sirve de respaldo probatorio a lo anterior el testimonio de la señora Olga Cecilia Castellanos Moreno, quien en su exposición manifestó:

"Sírvase manifestar en qué sitio se encontraban los padres del menor en el momento de ocurrir el suceso. Contestó: El señor padre del niño se encontraba trabajando en curos y la mamá ahí estaba lavando dentro de la casa".

"Tal como lo enseña la Doctrina y el H. Consejo de Estado, para la valoración del daño moral subjetivo, es decir, del que no trasciende a la órbita patrimonial, no existe un "Dolorímetro", que permita su evaluación en dinero y otros bienes tangibles; en Colombia se ha dejado al arbitrum Iudicis, su cuantificación, siguiendo las pautas trazadas por el más alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo que considera como máximo, el equivalente al valor en pesos de 1.000 gramos oro para los padres por muerte de un hijo (Sentencia del 16 de noviembre de 1989, Consejero Ponente, Dr. Gustavo de Greiff, Sección Tercera, Sala de lo Contencioso Administrativo).-

"Para el caso sub-judice se han establecido una serie de hechos que permiten señalar que en relación con los padres es necesario cuantificar el daño moral subjetivo, teniendo como fundamentos la aflicción y dolor que se experimenta por el daño irreparable, permanente que produce la pérdida definitiva de un hijo, lo cual determina una desestabilización hacia el futuro de los afectados, que merecen una consideración jurídica especial, involucrando necesariamente una compensación pecuniaria que en criterio del Tribunal se da en el presente caso. En consecuencia para los señores Hernando Pereira y Susana Torres Rondón se les otorgará una indemnización por este concepto equivalente a la cantidad de 700 gramos oro para cada uno de ellos, pues si bien es cierto que su situación ameritaría la condena máxima, resulta pertinente recordar en este caso que la culpa in-vigilando rebaja la responsabilidad del Municipio demandado.-

"Los perjuicios materiales que estarían constituidos por el daño emergente no se pueden concretizar dentro de este proceso, en razón a que no se aportaron los medios de convicción suficientes para ameritar tal condena en este momento procesal, no obstante haberse acreditado y probado la falla del servicio de la cual se deduce la responsabilidad que se le endilga al ente territorial. Al hecho 9° de la demanda se afirma que por motivo de la muerte del menor su padre debió sufragar las gastos de entierro que ascendieron a $100.000.00., pero en el expediente no aparece documento alguno del cual se pueda establecer ese pago o erogación, además de otros en que supuestamente pudo incurrir la familia del infante fallecido. Habrá por lo tanto que condenarse en abstracto frente a este rubro mencionado.-" (fls. 128 a 141. Cuaderno No. 1).

- II -

SUSTENTACION DEL RECURSO

A folios 145 y siguientes del cuaderno N° 1, obra el escrito en que el mandatario judicial de los demandantes hace sus valoraciones de naturaleza jurídica y fáctica, orientadas a defender la perspectiva desde la cual él ha

estudiado el caso. Los puntos de inconformidad con la sentencia, pueden resumirse así:

a) Solicita que se adicione el fallo para que se haga el reconocimiento de perjuicios en favor de los hermanos de la víctima LEIDY PATRICIA, MARIA ALICIA Y CARMEN CECILIA PEREIRA TORRES, por estar demostrando el vínculo de parentesco;

b) Impetra que la condena por perjuicios morales a favor de HERNANDO PEREIRA Y SUSANA TORRES RENDON, se eleve a mil gramos oro;

c) Demanda que se condene al pago de perjuicios materiales con apoyo en lo preceptuado en el artículo 107 del Código Penal.

- III -

CONSIDERACIONES DE LA SALA

A) La sentencia impugnada será confirmada, aunque con algunos ajustes de alcance económico, por las razones que más adelante se precisarán.

En el caso *sub-exámine* se demostró, en debida forma, la falla del servicio. Para llegar a esta verdad jurídica basta valorar, en lo sustancial, las declaraciones rendidas dentro del proceso por la señora OLGA CECILIA CASTELLANOS MORENO (C1, fol 83) y JUAN BAUTISTA MENDOZA RODRIGUEZ, quienes depusieron dentro del siguiente universo:

CECILIA CASTELLANOS MORENO

Persona mayor de edad, residente en Piedecuesta, sin generales de ley con las partes, dijo:

"El 30 de agosto hace dos años ocurrió el accidente, en un sitio donde dizque iban a hacer una casa de mercado de Piedecuesta (s.), se que los niños fueron a salir después de mediodía cuando llegaron con la razón de que un niño se había ahogado allá, fue la mamá del niño quien dijo parece que mi hijo se ahogó y fuimos a mirar y sí allá estaba el niño ahogado pues la mamá se metió y lo sacó del pozo ya muerto..., eran unos huecos tremendos llenos de lodo habían como cinco o ocho huecos no recuerdo bien, luego el niño se llevó al hospital pero el niño como dije ya estaba muerto y después ya se hizo el entierro y todo".

"Sírvase decir si el lote o lugar a que Ud. se refiere en donde había 5 u 8 huecos en el momento en que Ud. acudió allí se encontraba provisto con cercas de alambre, medianerías o muros que impidieran el acceso a

él. Contestó, "No allí no había nada de cercas ni nada de eso, no hay nada que impida el paso para allá". Preguntado: Sírvase decir si los huecos separadamente tenían cercas o medios de protección que impidieran llegar hasta ellos". Contestó: "No ninguno tenía medios de protección ni nada". Preguntado: Sírvase decir si ud. pudo observar en el trayecto en que se hallaban los huecos aquí mencionados, algún aviso, advertencia o medio público que previniera la existencia de construcciones y el peligro que ellas entrañan". Contestó: "No, tampoco allá no había aviso de peligro alguno ni nada".

JUAN BAUTISTA MENDOZA RODRIGUEZ

Mayor de edad, de profesión constructor, sin parentesco con las partes, ilustra al sentenciador dentro de la siguiente óptica:

"La fecha exacta no la recuerdo, no estoy muy seguro pero creó que fue en el año de 1988, se que un día no recuerdo si fue un martes o un lunes me encontré con Hernando Pereira en la esquina de la carrera 12 junto a donde vivió y me manifestó que hacia poco rato se le había ahogado el niño pequeño cuyo nombre no recuerdo, al yo preguntarle donde había ocurrido el hecho él me contestó que en un hueco de los que habían abierto dizque para las columnas de la casa de mercado que iban a hacer, yo le dije cuál casa de mercado si yo no conozco ninguna fuera de la que hay, y él me dijo que allá en el coliseo y yo le dije que sí había oído de la tal casa de mercado pero yo no la he visto, de ahí nos fuimos para el centro del pueblo para hacer las diligencias del mortuorio y de ahí pues salimos para llevar el niño y ponerlo por allá donde un amigo de él para la velación, yo lo vi muerto el mismo día en que se ahogo en las horas de la tarde y esa noche se efectuó en la casa de un señor José "Conejo" la velación del niño porque donde el señor Pereira quedaba muy retirado, al día siguiente, fuimos por Hernando Pereira el padre del niño para inspeccionar o saber en dónde era que el niño se había ahogado, lo cual constatamos que en una parte en un plan llamado del coliseo de ferias de Piedecuesta había seis o ocho huecos de un diámetro de dos por dos aproximadamente sin que pudiéramos si, o yo por lo menos darme cuenta de la profundidad de ninguno de ellos, por el motivo de que a un promedio de 80 cm. o 1.00 mts. hacia abajo estaba lleno de lodo y agua embarrada, que es lo que yo constaté y de ahí nos fuimos." Preguntado: "Sabe Ud. con ocasión de qué y quien o por orden de quien se abrieron los huecos a que Ud. ha venido haciendo referencia". Contestó: "Simplemente con autorización de las autoridades Municipales, puesto que ahí en ese lugar se iba a construir una casa para el mercado público y el Municipio era quien había dado la orden o había buscado los contratistas, y sé que es una firma Blanco Rondón si no estoy mal".

...

"Sírvase decir si el lote o franja de terreno que Ud. señala como coliseo de ferias por la época a que se ha referido anteriormente tenía cerramientos con respecto a la vía pública que impidieran el acceso a él, o en caso contrario si no existían". Contestó: "Hay una vía que sale por en medio de un barrio, cruza por la llavada (sic) "y" de la carretera antigua y sale hacia la autopista, pasando esa vía precisamente por el lindero o lado aledaño entre la vía y el lote en mención, que yo sepa o viera el día que yo estuve allá que fue el día de la muerte del niño Pereira, no existía ningún encerramiento o cerca que prohibiera la entrada al lote en mención". Preguntado: " Ya que señala que el día en que murió el niño Miguel Angel Pereira Torres. Ud. estuvo en el lote denominado "Coliseo de Ferias", sírvase decir, si vio alguna señal o vestigios de ella que permitiera deducir que se advertía el peligro que presentaban las construcciones y posos (sic) adelantados allí por el Municipio de Piedecuesta, a través de una firma Comercial". Contestó: "Absolutamente ninguna porque ni cerca, ni avisos ni nada que diera a entender que había una caseta como para celador, pero muy posiblemente estaría abandonada porque allí no había nadie". Preguntado: "Pudiera decirnos si los posos (sic) o huecos a que se hace referencia en esta declaración se encontraban cercados, de tal manera que impidieran que personas o animales inadvertidamente cayeran allí". Contestó: "ya dije que ni los posos (sic) ni el lote en mención tenían absolutamente valla o cercado que prohibiera el acercamiento a ellos, yo precisamente vadeándome por medio de algunos llegué hasta el hueco donde decían que el niño se había ahogado y pude agacharme con el fin donde estaba el nivel o profundidad del agua, de tal forma que no había ningún cercado".

Para la Sala resulta inadmisible que la administración, a través de su contratista, inicie un obra pública y la deje completamente huérfana de señales o cerramientos que impidan el paso de las personas y, particularmente, de los niños. La excepción que estructura el apoderado del centro de imputación jurídica demandado, con la filosofía de que "... el lote en que falleció el menor MIGUEL ANGEL PEREIRA TORRES se había entregado por parte del Municipio a la sociedad ANGELMIRO Y CIA. LTDA., para que construyera la Plaza de Mercado satélite de Piedecuesta ...", no tiene vocación de prosperidad, pues como reiteradamente lo ha predicado la Sala, cuando la administración contrata la ejecución de una obra pública, es como si ella misma la llevara a cabo, y, por lo mismo, se hace responsable de los daños que el contratista cause a terceros. En esta oportunidad la Sala reitera la pauta jurisprudencial que fijó en sentencia de 9 de octubre de 1985, Expediente Nro. 4556, actora Gladys Mamby de Delgado, en la cual y en lo pertinente se lee:

"Cuando la administración contrata la ejecución de una obra pública, es como si la ejecutara directamente. Es ella la dueña de la obra su pago afecta siempre el patrimonio estatal y su realización obedece siempre a razones de servicio y de interés general. El hecho de que no la ejecute con personal vinculado a su servicio obedece la más de las veces, a insuficiencia o incapacidad técnica de su propio personal o a falta de equipo adecuado. Por tal razón la administración, sin que por eso pierda la actividad el carácter de público, debe acudir a la colaboración de los particulares para el cumplimiento de ciertos cometidos de servicio. La colaboración en el caso de obra pública, no vuelve privada esa actividad, como no le quita el carácter de público al trabajo así ejecutado. Esa colaboración por participación cuando es voluntaria, caso del contratante de la administración cuya actividad tiende a la prestación o ejecución de un servicio público, hace a este particular partícipe ocasional de la función pública no en calidad de agente o funcionario sino como un órgano más de la gestión estatal.

"En otros términos: El contratista de una obra pública no se vuelve agente de la administración ni funcionario suyo; es ella misma la que actúa. Hay aquí un ficción de orden legal. Ni siquiera puede hablarse que la entidad contratante responda en forma indirecta por el hecho del contratista. No, la responsabilidad es simplemente directa, así como lo es la responsabilidad estatal por el hecho de un funcionario o empleado público. No puede olvidarse que no obstante que todo comportamiento o conducta estatal es obra de un servidor público, en principio, el Estado es el responsable de las consecuencias dañosas de ese comportamiento. Responsabilidad que en todos los casos es directa, no indirecta, a pesar de que el perjuicio se halla producido por la actuación de una persona vinculada a la administración, la que no es propiamente un mandatario o representante del Estado, sino órgano suyo, integrante en esta calidad de la estructura misma del ente estatal. Por tal motivo la conducta o actuación de dicha persona es la conducta o actuación del Estado mismo. De allí que sostenga la doctrina que sería un contrasentido hablar de responsabilidad indirecta, pues los servicios públicos no son terceros respecto del Estado, sino partes del mismo, ejecutores de la actividad estatal, la que no se concibe sino a través de las acciones y omisiones de las personas vinculadas a su servicio. Es frecuente observar que en los contratos de obra pública se pacte que el contratista será el responsable de los daños a terceros; pero esto no quiere decir que la administración no responda frente a estos. Es quizás esta creencia la que produjo la desviación del tribunal en el fallo que se revisa y en el concepto de la fiscalía.

"En primer término, debe observarse que la cláusula así concebida (la vigésima cuarta o de indemnidad) no puede interpretarse como exonerante de responsabilidad para la Empresa. Si así lo fuera sería absolutamente

nula. La cláusula vale entre las partes, pero no es oponible a los terceros. Cualquier convención que suprima la responsabilidad extracontractual (la de los contratantes frente a los terceros lo es) es por consiguiente ilícita en todos los campos, o sea por actos personales o ajenos, por obra de las cosas o de los animales. Aunque la cláusula esté pactada contractualmente, la responsabilidad frente a terceros sigue siendo extracontractual: es una responsabilidad de esta índole reglamentada por un contrato y descartada para una de las partes por una cláusula de no responsabilidad.

"La cláusula así convenida obliga a las partes. Pero ella es "resinter alios acta" frente a los terceros. Por ese motivo, la demandante al accionar contra la Empresa lo hizo correctamente. Como también habría podido demandar sólo a Conciviles o a esta sociedad solidariamente con la Empresa. La validez de la cláusula entre las partes es la que le permitirá a la entidad pública, en el evento de que la condena se estime procedente, reclamar a Conciviles por el valor de lo reconocido.

"El punto relacionado con el alcance de cláusulas de exoneración de responsabilidad frente a terceros no es nuevo en la jurisprudencia del Consejo de Estado. En un asunto donde se discutía el alcance de una cláusula similar la pactada en el contrato N°. 3009 (la vigésima cuarta) la Corporación definió, en providencia de 20 de junio de 1973, que tal cláusula no eximía al Municipio de Medellín por los daños causados a terceros durante la ejecución del contrato y expresó:

"Lo normal es que quien infiere daño por acción o por omisión sea la persona obligada a su resarcimiento. Y en el caso que nos ocupa, por aplicación del artículo 2347 del c. c. la responsabilidad le cabría al arquitecto empresario, quien debe responder igualmente de los daños producidos por quienes obran como empleados o dependientes suyos, Sin embargo, la prestación de los servicios públicos es la obligación primordial del Estado y sólo a él le cabe responsabilidad por mala prestación de los mismos: tal alcance tiene el art. 16 de la C. N. al decir (...) Entonces, puede el Municipio contratar con particulares la construcción o reaparición de una calle; pero no termina por eso su responsabilidad frente a los administrados (...)".

"La responsabilidad de las partes de un contrato de obra pública frente a terceros es de orden legal; de allí que no pueda ser objeto de convención entre los contratantes. La administración en forma alguna puede ser exonerada de su responsabilidad extracontractual. Ella es la responsable de los servicios públicos y puede ver comprometida su responsabilidad porque el servicio no funcionó, funcionó mal o inoportunamente. Esta responsabilidad no puede desaparecer convencionalmente y como si fuera otra persona la responsable del servicio público.

B) La Sala confirmará la condena que el *a quo* hizo por perjuicios morales en favor del padre de la víctima señor HERNANDO PEREIRA, ya que demostró estar legitimado para ello, pues en el Acta de Registro de Nacimiento parece su firma como respaldo a la manifestación que en tal oportunidad hizo en el sentido de que MIGUEL ANGEL PEREIRA TORRES era su hijo extramatrimonial.

Se elevará la condena que por tal concepto hizo el tribunal a un mil gramos de oro fino (1.000), pues el *ad quem* no acepta la tesis de que hubo culpa in vigilado de los padres pues no se demostró. A lo anterior se agrega que a la luz de lo preceptuado en el artículo 2346 del Código Civil, los menores y los dementes no son capaces de cometer delito o culpa. En esta oportunidad la Corporación desea recordar que los niños tienen derecho, por mandato de los artículos 44 y 24 de la Constitución Nacional, a la RECREACION y a la CIRCULACION LIBRE, lo que significa que el Estado no puede llenarles el espacio de riesgos porque con ello se desequilibra su seguridad. La sociedad está obligada a dar al niño lo mejor de ella misma, con el fin de no privarlos de alegría, cariño, seguridad y educación. El niño también demanda del Estado ternura, pues ellos no son un estorbo que tenga que ser soportado. Por ello recuerda GREGORIO MATEU: "En las fronteras del año 2.000 sigue siendo verdad que el niño es el milagro más permanente de la vitalidad de la creación. Los niños siguen jugando en las calles y plazas de nuestras ciudades y se muestran como el contra punto necesario a tanta tecnología agobiante. No quisiera que se apagaran las ilusiones de los niños, ni que dejaran de jugar con una cuerda, un simple palo o una vulgar cometa. Habría muerto el sortilegio de la creatividad" (Brotes de Ternura, pág. 73).

C) Se revocará la condena que por perjuicios morales se hizo en favor de la señora SUSANA TORRES RONDON, pues ésta no demostró ser la madre extramatrimonial del niño fallecido, y ni siquiera tener interés como tercero. No hay dentro del informativo ni una sola declaración que le permita al fallador manejar el caso concreto con el auxilio de la equidad. Así las cosas, la Sala reitera la pauta jurisprudencial que fijó en sentencia de 13 de junio de 1991, Expediente N° 6300. Actor Alberto Rincón, Consejero Ponente, Dr. Daniel Suárez Hernández, en la cual y en lo pertinente se lee:

> "Para demostrar la titularidad del derecho pretendido, se allegó al expediente sendos certificados del registro civil de nacimiento de LUIS EDUARDO Y ALBERTO RINCON (FOLS. 10 Y 12). En ambos certificados aparece como madre la señora ROSA MARIA RINCON.
>
> "Para el actor dichos certificados son prueba suficiente de que los mencionados LUIS EDUARDO Y ALBERTO, son descendientes extramatrimoniales de la señora ROSA MARIA RINCON, sin embargo, frente a las disposiciones legales vigentes, ello no es así, y le asiste razón al *a-quo* cuando expresa: "... De otra parte el artículo 1o. de la

ley 75 de 1968 que modificó el artículo 2o. de la ley 45 de 1936 dispone que el dispone que el reconocimiento de hijos extramatrimoniales es irrevocable y que en caso de que éste se efectué en el acta de nacimiento requiere de la firma de quien hace tal reconocimiento.

"En el evento de autos no aparece documento alguno con el que se acredite que la señora Rosa María Rincón, haya declarado o reconocido su carácter de madre de Luis Eduardo Rincón, como tampoco se aportó prueba alguna del hecho de ser aquella soltera o viuda al momento del parto y del hecho mismo del parto de Luis Eduardo y Alberto.

"En otras palabras, no se halla demostrado dentro del plenario la relación o vínculo de consanguinidad (sic) existente entre el actor y la víctimas de los hechos que se aducen como base de la demanda y que constituyen el fundamento del interés para deducir responsabilidad a la Nación Colombiana y consecuencialmente condena al pago de los perjuicios que se afirma se irrogaron al actor.". (folios 77 y 78).

"Y para abundar en la necesidad del reconocimiento del hijo extramatrimonial, que no se probó en el *sub-lite*, la Sala se permite transcribir la parte pertinente del auto proferido por esta Sala al desatar un recurso de súplica; "...a. Conforme a los artículos originales del C. C., 318 y ss., tanto el padre como la madre naturales, debían 'reconocer' por instrumento público al hijo y en caso de 'maternidad disputada'. disponía el derogado artículo 324, en su inciso final" 'la partida de nacimiento no servirá de prueba para establecer la maternidad'.

"En este régimen, pues, no había sino el reconocimiento voluntario del padre o madre, mediante documento público.

"b) El mismo régimen se mantuvo con las modificaciones de la ley 153 de 1887.

"c) La ley 45 de 1936, cambio la situación del hijo natural frente a la madre. Dispuso en su artículo 1o.:

"El hijo nacido de padres que al tiempo de la concepción no estaban casados entre sí, es hijo natural, cuando ha sido reconocido o declarado tal con arreglo a lo dispuesto en la presente ley. También se tendrá esta calidad respecto de la madre soltera o viuda por el solo hecho del nacimiento'.

"Pero aún tiene que probar dos hechos importantes el hijo que afirme tener por madre natural a determinada mujer:

"1. "Que era soltera o viuda al momento del parto; y

"2. " El hecho mismo del nacimiento o parto.

d) Conforme al artículo 1o. de la ley 75 de 1968, la maternidad se prueba por la firma de la madre en el 'acta de nacimiento', y en su ausencia, por la investigación que debe adelantarse conforme al inciso final de dicho artículo, común a padre y madre y la comparecencia de los mismos.

"O, con aplicación del artículo 1o., de la ley 45 de 1936, citada por el recurrente, probando, ante la ausencia de la firma de la madre en el registro civil de nacimiento, el hecho del parto y la calidad de soltera o viuda, o si era casada la prueba, con sentencia debidamente ejecutoriada, de que fue impugnada la paternidad legítima y ésta fue acogida.

"e. De ahí que conforme al artículo 75 de la ley 153 de 1887, en concordancia con el artículo 335 del C. C., la impugnación de la maternidad implica la prueba de la falsedad del parto o la suplantación del hijo nacido por otro" (auto del 22 de septiembre de 1983. Expediente N° 3880. Actor. Larys María Narváez).

"Con base en lo anterior, se concluye claramente que no se demostró el estado civil requerido para legitimar las pretensiones de Alberto Rincón, como supuesto hermano extramatrimonial de occiso Luis Eduardo Rincón, pues, no se acreditó fehacientemente el hecho básico de haber tenido una misma progenitora.

"El apelante, allegó con su recurso copia autenticada de los registros civiles que obran a folios 86 a 88, los que no aportan nada nuevo para la decisión, puesto que en ellos no aparece la firma de la madre en aceptación del reconocimiento de que se trata. Vale la pena precisar con relación al documento que ocupa el folio 87, que si bien es cierto allí se hace mención a la comparecencia de Rosa María Rincón, esta no lo suscribe, además de que ello no subsana la deficiencia que se ha recalcado, puesto que el reconocimiento echado de menos debió acreditarse con respecto al hoy demandante y al occiso, lo cual no ocurrió.

"Además, cabe aclarar al recurrente que una cosa es la inscripción del nacimiento en el registro de estado civil, que es la certificación que normalmente expiden los notarios, y otra bien distinta el reconocimiento que en calidad de padre o madre extramatrimoniales están obligados a hacer quienes dicen ostentar dichas calidades.

"De manera que, ante la falta de legitimación por parte del actor, se impone la denegatoria de las pretensiones de la demanda, confirmando así la sentencia apelada en su integridad.

D) Gracias a la prueba de oficio que se decretó en providencia calendada el día doce (12) de marzo de mil novecientos noventa y dos (1992), se logró demostrar que MARIA ALICIA, CARMEN CECILIA Y LEIDY PATRICIA PEREIRA TORRES son hermanas paternas del finado, nacidas el 13 de octubre de 1987; el 7 de enero de 1984 y el 13 de junio de 1982. Dada su corta edad, la Sala, manejando el criterio auxiliar de equidad, a que hace referencia el artículo 230 de la Constitución Nacional, condenará al pago de perjuicios morales en favor de CARMEN CECILIA y LEIDY PATRICIA PEREIRA TORRES, quienes superaban ya la edad de cuatro años, la primera, y los seis años la segunda, cuando murió el hermano que se aproximaba a los tres. No se toma igual resolución respecto de MARIA ALICIA,, habida consideración de que ésta solo contaba con diez meses de existencia, cuando murió Miguel Angel realidad que determina al sentenciador a considerar que el perjuicio moral, respecto de ella, no es cierto. Se condenará, pues, al Municipio de Piedecuesta, al pago de cuatrocientos gramos de oro fino (400) a favor de cada una de las demandantes CARMEN CECILIA y LEIDY PATRICIA PEREIRA TORRES. Se acude a la EQUIDAD, en el caso *sub examine*, por que ella es parte subjetiva de la justicia legal. Con presunción de hombre la Sala concluye que hermanos de tan corta edad vivían bajo el mismo techo con quien demostró ser el padre. Aplicar con todo el rigorismo la jurisprudencia tradicional sobre la prueba del afecto, etc., etc., generaría una injusticia, por ello se enseña que la EQUIDAD permite a quien debe juzgar el caso dejar al lado el texto legal o la jurisprudencia misma, para realizar la solución exigida por la naturaleza de las cosas. Para situaciones como la que se deja analizada vienen bien las palabras de Raffo Magnasco Benito, cuando predica:

> "Observar estrictamente la ley en algunos casos particulares, es evidentemente contra la igualdad de la justicia y contra el bien común, el cual es el fin propio de la ley. *Por lo tanto en estos casos particulares debe considerarse como malo el seguir las palabras de la ley y como bueno que, dejadas de lado estas palabras, se atienda a lo que pide la razón de justicia y la utilidad común*" (Nota a la lección decimosexta de los comentario de Santo Tomás a la Etica a Nicómaco de Aristóteles. Buenos Aires. C. C. C. 1946, pág. 233) (Subrayas de Sala).

Dentro de la misma perspectiva discurre Carlos Ignacio Massini al predicar:

> "De aquí se desprende lo acertado de la afirmación de Aristóteles en el sentido de que lo equitativo es justo, y pertenece por esto al ámbito de la justicia, *pero que no obstante es mejor que una falsa justicia, puramente formal, que por excesivo legalismo, consagre en el caso concreto una injusticia material.* En estos casos, el dejar de lado el texto de la ley es la única forma posible de realizar el imperio de la justicia. No se trata pues, como lo pretende Despotopoulos, de que exista una justicia "formal" y otra "material", sino que en la generalidad de los casos, lo justo que

es siempre "material" se logra con la adecuación a la ley, pero en otros para alcanzarlo, es preciso apartarse del sentido expreso en la misma, *buscando la solución justa en la naturaleza de las cosas*" (sobre el Realismo Jurídico,. Abeledo Perrot, pág 86 y ss. ss) (Subrayas de Sala).

E) Se revocará la condena que en abstracto hizo el Tribunal, por perjuicios materiales, pues dentro del proceso no obra ni una sola prueba orientada a demostrar que se causaron. En el punto noveno de la causa pretendí el demandante afirma que el señor Hernando Pereira tuvo que sufragar los gastos de entierro, por un monto de cien mil pesos ($100.000.00) pero el hecho se quedó sin demostración. Frente a esta realidad, no le es posible al sentenciador hacer CONJETURAS para concluir que en realidad el actor atendió ese frente del gasto. Sobre el particular la Sala hace suya la pauta jurisprudencial que fijó la Corte Suprema de Justicia en sentencia de febrero 12 de 1944. Magistrado Ponente. Dr. Ricardo Hinestroza Daza, en la cual y en lo pertinente se lee:

"Pero esa mera posibilidad conjetural, aún temiéndola por probabilidad, no basta para afirmar en cada caso dado que se ha causado el perjuicio. *Este debe demostrarse como un hecho efectivo, ya que una mera* conjetura no basta a fundamentar legalmente una sentencia. Esa conjetura que, como ya se dijo, viene desde luego a la mente y que es lo que como testigos expresan algunas de las personas prenombradas, no da asidero al decreto de lo demandado, pues no siendo de por sí prueba suficiente de haber sufrido perjuicios el demandante, mal podría sobre esa base condenarse a indemnizarlos". (Gaceta Judicial. Tomo 57. Nos 2.006-2.015. pág. 50).

Finalmente, la Sala no hace suya la perspectiva jurídica que maneja el apoderado de la parte actora cuando demanda el pago de perjuicios materiales con apoyo en lo dispuesto en el artículo 107 del Código Penal. En reiteradas oportunidades la Corporación ha afirmado que lo dispuesto en este precepto es de aplicación restrictiva, esto es, que su ámbito no puede exceder el citado estatuto.

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

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMANSE los numerales cuarto (4°), quinto (5°) y sexto (6°) de la sentencia calendada del día veinticuatro (24) de septiembre de mil novecientos noventa y uno (1991), por las razones dadas en los considerandos de este proveído;

SEGUNDO: REVOCANSE los numerales primero (1°), segundo (2°), y tercero (3°) de la misma providencia, los cuales quedarán así:

1o) Declárase que el Municipio de Piedecuesta (s), es administrativamente responsable de la muerte del menor MIGUEL ANGEL PEREIRA TORRES, ocurrida el día treinta (30) de agosto de mil novecientos ochenta y ocho (1988), en las circunstancias de modo, tiempo y lugar que se han dejado estudiadas;

2o) Como consecuencia de la declaración anterior, condénase al Municipio de Piedecuesta (S), a pagar, por concepto de perjuicios morales subjetivos, las siguientes cantidades de oro fino:

A HERNANDO PEREIRA, un mil gramos (1.000);

A CARMEN CECILIA PEREIRA TORRES, cuatrocientos gramos (400);

A LEIDY PATRICIA PEREIRA TORRES, cuatrocientos gramos (400).

El pago deberá hacerse teniendo en cuenta el precio del referido metal al momento de la ejecutoria de esta sentencia, según certificación que sobre el precio nacional del mismo expida el Banco de la República.

3o) Decláranse no probadas las excepciones propuestas, y deniéganse las demás pretensiones de la demanda.

TERCERO: Expídanse las copias correspondientes con destino a los interesados, dejando constancia respecto de cuál de ellas presta mérito ejecutivo.

CUARTO: Ejecutoriado este fallo, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE

Daniel Suárez Hernández, Presidente de la Sala; *Carlos Betancur Jaramillo, Juan De Dios Montes Hernández, Julio César Uribe Acosta.*

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

NOTA DE RELATORIA. En igual sentido puede consultarse la sentencia de 9 de julio de 1992, Exp. 7122, Actor: MARIA LUZ DARY MAPURA, Ponente: Dr. JULIO CESAR URIBE ACOSTA.

NOTA DE RELATORIA: Se reitera: además, sobre la responsabilidad por trabajos públicos, la sentencia de 9 de octubre de 1985, Exp. 4556, Actora: GLADYS MANBY DE DELGADO. En igual sentido se puede consultar la sentencia de julio 30 de 1992, Exp. 6019, Ponente : JUAN DE DIOS MONTES HERNANDEZ.

DEMANDA-Requisitos/ **INDIVIDUALIZACION DEL ACTO/ CAUSA PETENDI/ PRINCIPIO DISPOSITIVO/ JURISDICCION ROGADA/ PRESUNCION DE LEGALIDAD/ PRESUNCION DE VERACIDAD**

Favorecidos los actos administrativos por la presunción de juridicidad (legalidad y veracidad) que le permite producir los efectos que les son propios con el solo requisito de haber adquirido firmeza, despojarlos de ella requiere a una expresa petición de nulidad apoyada por elementos fácticos y argumentos jurídicos que la demuestren. De allí que no sea inoficiosa, sino conforme con esta doctrina, la necesidad legal de "individualizar con toda precisión" el acto administrativo cuya nulidad se demanda, del cual se ha de aportar, además, la copia correspondiente. No es posible, por lo consiguiente, examinar jurisdiccionalmente la validez jurídica del acto de adjudicación porque no fue solicitada su nulidad en la demanda; y tampoco se puede hacerlo con los actos que sí fueron cuestionados porque se desconocen las razones de hecho y de derecho que asistieron la censura.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera

Santafé de Bogotá, D.C., julio tres (3) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Doctor Juan de Dios Montes Hernández*

Referencia: Expediente N°. 5711 Actor :Hernán Duarte Esguerra.-

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por el actor en contra de la sentencia proferida por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Cundinamarca el 17 de noviembre de 1988, por medio de la cual denegó las peticiones de la demanda.

ANTECEDENTES PROCESALES

1. *La demanda.* Mediante apoderado judicial constituido conforme a la ley el 25 de julio de 1984, HERNAN DUARTE ESGUERRA formuló demanda en contra del Distrito Especial de Bogotá para que se dedujeran, en su favor y en contra de lo demandado, estas pretensiones:

> "PRIMERA: Son nulas las resoluciones 0074 de 3 de febrero de 1984 y 0106 de 5 de marzo de 1984 expedidas por el Alcalde Mayor del Distrito Especial de Bogotá, por medio de las cuales se declaró y confirmó el cumplimiento en la firma del contrato para la construcción del puente peatonal sobre la Avenida El Dorado-transversal 45 de Bogotá.
>
> "SEGUNDA: Como consecuencia de la declaración anterior, el Distrito Especial de Bogotá debe restablecer en su derecho al ingeniero Hernán Duarte Esguerra, comunicando el restablecimiento de la inscripción como contratista a la Contraloría y Personería Distritales.
>
> "TERCERA: También a título de restablecimiento del derecho, el Distrito Especial de Bogotá debe indemnizar al ingeniero Hernán Duarte Esguerra los perjuicios que le causó con la cancelación de su inscripción en el registro de contratistas y consistentes en la utilidad legítima que dejó de percibir al no poder contratar con las entidades Distritales durante todo el tiempo que duró la cancelación del registro. Estos perjuicios deberán avaluarse en valores presentes.
>
> "CUARTA: El Distrito Especial de Bogotá debe reembolsar al ingeniero Hernán Duarte Esguerra, los costos de elaboración y formulación de la propuesta para la licitación N° 08 de 1983, en valores presentes y con intereses bancarios corrientes desde el 7 de noviembre de 1983 hasta cuando se realice el pago" (fl. 2 C. 1).

La tercera pretensión fue modificada al corregir la demanda, de la siguiente manera:

> "También a título de restablecimiento del derecho, el Distrito Especial de Bogotá debe indemnizar al ingeniero Hernán Duarte Esguerra los perjuicios que le causó con la cancelación de su inscripción en el registro de contratistas y consistentes en la utilidad legítima que dejó de percibir al no poder contratar con las entidades Distritales y Nacionales durante todo el tiempo que duró la cancelación del registro. Estos perjuicios deberán avaluarse en valores presentes".(Fl.145).

Para apoyar su petitum, el actor invocó los hechos siguientes:

"PRIMERO: El ingeniero Hernán Duarte Esguerra se presentó a la licitación pública No. 08/83 para la construcción del puente peatonal sobre la Avenida El Dorado con transversal 45 de Bogotá, abierta por el Distrito Especial de Bogotá a través de su Secretaría de Obras Públicas.

"SEGUNDO: La licitación se cerró el 6 de octubre de 1983.

"TERCERO: La adjudicación fue notificada al adjudicatario el 5 de diciembre de 1983, o sea un mes tarde del límite para adjudicar contenido en el ordinal 3.06 de los pliegos de condiciones para la licitación 08/83.

"CUARTO: Según la misma Administración Distrital, la adjudicación no se produjo por resolución motivada sino por oficio.

"QUINTO: El Alcalde Mayor de Bogotá no solicitó autorización al Concejo Distrital sino a la Comisión de Hacienda y Presupuesto del Honorable Concejo de Bogotá.

"SEXTO: El Alcalde Mayor de Bogotá dictó el 3 de febrero de 1984 la Resolución No. 0074 por medio de la cual declaró el incumplimiento en la firma del contrato por parte del ingeniero Hernán Duarte Esguerra, ordenó la cancelación de la inscripción No. 12 del citado ingeniero, ordenó hacer efectiva la fianza de seriedad de la propuesta, y dispuso comunicar el incumplimiento a la Contraloría y Personería Distritales.

"SEPTIMO: Contra la Resolución No. 0074 el ingeniero Duarte interpuso oportunamente recurso de reposición.

"OCTAVO: El recurso de reposición fue desatado por Resolución No. 0106 de 5 de marzo de 1984, notificada el 28 del mismo mes y año, la cual confirmó en todas sus partes la Resolución 0074." (fl. 3 C. 1).

Posteriormente se adicionó la demanda con un hecho noveno, así:

"El Distrito Especial de Bogotá, por intermedio de su Contraloría ha hecho conocer su resolución No. 553 de 1984 de entidades nacionales, entre ellas la Empresa Puertos de Colombia. Esta entidad consecuencialmente, se ha abstenido de adjudicar contratos al ingeniero Hernán Duarte, a pesar de su larga trayectoria con ella y de que ha participado en sus licitaciones en las que ha ofrecido óptimas condiciones de capacidad, experiencia, cumplimiento de contratos anteriores y precio." (fl. 145).

El concepto de violación, carente de toda lógica, se encamina a reprochar errores del procedimiento licitatorio y del acto de adjudicación (del cual fue

beneficiario el actor), dejando incólumes los actos cuya nulidad se demanda; en síntesis, el demandante expresa lo siguiente:

a. Se quebrantaron los artículos 254, 255, 257 y 260 - 2 y 9, del Código Fiscal Distrital por cuanto se pretermitió la autorización del Concejo para la celebración del contrato.

b. La adjudicación del contrato no se hizo por medio de resolución, omisión que infringe al artículo 268 del mismo código y el aparte 3.07 de los pliegos de condiciones.

c. La notificación de la adjudicación se hizo por fuera del plazo señalado en los pliegos de condiciones.

Con posterioridad, al momento de corregir la demanda el actor sustituyó, en su totalidad, el primer concepto de la violación; el nuevo texto expresa:

> "Ante la observación del ingeniero Duarte sobe que la licitación 08/83 se cerró el 6 de octubre del 83 y que la adjudicación se le comunicó el primero de diciembre de 1983, la Administración Distrital le respondió con fecha 20 de Diciembre de 1983 (carta recibida el 27 de diciembre de 1983); así: 'Con respeto a lo estipulado en los incisos 2.06 y 3.07 relacionados con los plazos para la adjudicación y firma del contrato, éste estaba supeditado 'Ad Referendum' (sic) de la aprobación del Consejo Distrital por exceder las atribuciones fijadas al Señor Alcalde'. Este hecho fue corroborado por la Resolución 0074/84, objeto de impugnación, con el siguiente detalle que el ingeniero Duarte desconocía y que sólo conocía la Administración Distrital: 'Del análisis del Acta No. 014 de la H. Junta Asesora y de Contratos se comprueba que en la sesión del día 2 de noviembre de 1983 fue adjudicada la Licitación Pública No. 08/83 al Ingeniero HERNAN DUARTE ESGUERRA para la construcción del Puente Peatonal ubicado en la Avenida de El Dorado por Transversal 45 CAN, por lo que deja sin piso toda aseveración al respecto'. 'Este Despacho a través de la Secretaría de Obras Públicas y en cumplimiento a lo estipulado en el Acuerdo 9 de 1976, Artículo 255 del Código Fiscal, solicitó permiso (sic) a la H. Comisión de Hacienda y Presupuesto para la celebración del contrato por cuanto su cuantía sobrepasa la suma de VEINTE MILLONES DE PESOS ($20.000.000.oo) MCTE.'
>
> "Una vez obtenido el permiso se procedió a la notificación mediante oficio No. 0937 del 1o. de diciembre de 1983,...'. Así, pues, que para enervar la argumentación del ingeniero Duarte, la Administración Distrital plantea una tesis novedosa consistente en que una licitación se puede abrir y adjudicar por cualquier cuantía, ad referendum, y de

luego de adjudicada se le pide permiso al Concejo a su comisión respectiva, para firmar el contrato.

"Tenemos entonces que el tren subterráneo de Bogotá o Metro como se le dice popularmente, el cual cuesta en valores de hoy más de cincuenta mil millones de pesos, se puede licitar y adjudicar ad referendum del Concejo Distrital; primero se hace todo el complejo trámite de estudios, licitación, invitaciones internacionales, se adjudica el contrato y luego se le pide permiso al Concejo Distrital.

"Naturalmente que lo anterior suena descabellado, y a simple vista, y con aplicación de lógica elemental, la mente tiende a rechazar semejante tesis. ¿Pero cuáles fueron las normas violadas?

"La conducta y la tesis de la Administración Distrital, traducidas a los actos administrativos impugnados, violan directamente por aplicación indebida el artículo 255 del Código Fiscal Distrital porque la autorización de que se trata esta norma debe ser previa y no aposteriori. Así lo dice expresamente: 'de esta cantidad hasta CINCUENTA MILLONES ($50.000.000.oo) DE PESOS, podrá celebrarlos con la autorización previa de la Comisión...' Si la autorización no fuese previa, el Código no habría hablado de autorización sino de aprobación, tal como lo hace el Decreto 222 de 1983 para los contratos que debe aprobar el Consejo de Ministros y el Consejo de Estado.

"Por el mismo razonamiento se viola directamente el artículo 260 del Código Fiscal Distrital." (fls. 145 y 146 C. 1).

2. *Trámite de la primera instancia.* Admitida la demanda inicial y notificado el auto admisorio de la misma (fl. 141-144) se observó igual procedimiento con la adición y corrección (fls. 214-216); el Distrito Especial la contestó por medio de apoderada que constituyó para el efecto (fls. 201 a 212 y 217 a 219); se opuso a las pretensiones; dijo que la actuación administrativa se ajustó estrictamente a los preceptos del artículo 255 del código fiscal del Distrito, modificado por el artículo 1° del Acuerdo No. 8 de 1980; propuso la excepción de inepta demanda por cuanto se trata de un acto complejo integrado, además de las resoluciones acusadas, por el acta de la junta asesora y de contratos, de 1° de febrero de 1984, la cual no fue cuestionada; finalmente, pidió pruebas.

Surtida la etapa probatoria se dio traslado a las partes para los alegatos de conclusión derecho que ejercieron por medio de los escritos visibles a folios 306 a 319 del expediente.

3. *El fallo impugnado.* El Tribunal consideró que no se estructuraba un acto complejo y, por lo tanto, desestimó la excepción de inepta demanda sustantiva propuesta por el Distrito.

En cuanto al fondo del asunto, el *a-quo* expresa:

"El demandante formula varios cargos que se presentan bajo la denominación de conceptos y que en realidad están dirigidos a señalar irregularidades en la adjudicación, en la notificación de la adjudicación y en la autorización para celebrar el contrato. Como lo observa el señor Fiscal Sexto de la Corporación .en su concepto de fondo, del análisis de la demanda no se desprende ningún cuestionamiento contra los actos demandados en orden a demostrar su posible ilegalidad, sino que, por el contrario, lo fundamental de la acusación está dirigida a convertir la etapa precontractual anterior a la declaratoria de incumplimiento en la firma del contrato. De manera que, en principio, pareciera válido el planteamiento del señor Agente del Ministerio Público en el sentido de que si la objeción para la firma del contrato radicaba en irregularidades presentadas en el proceso de licitación se han debido demandar los actos de adjudicación y de autorizaciones para la celebración del contrato para desvirtuar la presunción de legalidad de los mismos, pues sólo de esa manera se podría llegar a la conclusión de que efectivamente había desaparecido la obligación para el oferente de firmar el contrato, derivada de la comunicación de la adjudicación, sobre todo si se tiene en cuenta, que el artículo 269 del Código Fiscal del Distrito vigente por la época de la presentación de la demanda -Acuerdo número 9 de 1976- establecía como ahora lo hace el artículo 239 del actual Código Fiscal, o sea el Acuerdo número 6 de 1985- que si el adjudicatario no suscribe el contrato dentro del término que se haya señalado quedará a favor de la entidad contratante el valor del depósito o de la garantía constituidos para responder por la seriedad de la propuesta. De esto se desprende que una vez la entidad contratante la comunique al oferente que le ha sido adjudicado el contrato surge la obligación para ambas partes de proceder a firmar el respectivo contrato y si el oferente o no lo hace la entidad contratante puede hacer efectiva la garantía de seriedad de la oferta, salvo que ocurran circunstancias de fuerza mayor, como igualmente lo establece el artículo 36 del Decreto 222 de 1983. En este orden de ideas pareciera que si la administración expide un acto mediante el cual ordena hacer la garantía de seriedad de la oferta con el argumento de que el proponente no firmó el contrato, la única manera de conseguir la declaración de nulidad de ese acto sería la de aducir circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito que le impidieran a ese proponente firmar el contrato o bien la de señalar que el correspondiente acto contiene vicios que afectan su validez, sería la falta de competencia, la desviación de poder, la falta de requisitos formales, desarrollados, por ejemplo, estos últimos en el hecho de que no hubo incumplimiento del oferente

para la firma del contrato, en el de que el acto lo dictó un funcionario que no tenía atribuciones para expedirlo, etc. Y es claro que en el presente caso no se adujo ninguna causa exonerativa de la obligación de firmar el contrato, ni tampoco se expuso hecho alguno orientado a demostrar la existencia de motivos de nulidad de los actos que declararon el incumplimiento de esa obligación y ordenaron la efectividad de la garantía de seriedad de la oferta. Estas razones serían suficientes para concluir que las pretensiones de la demanda no pueden prosperar". (fls. 339 a 341 C.1).

Luego hace un análisis pormenorizado de cada uno de los cargos que contiene la demanda en el concepto de la violación y concluye que la actuación de la administración distrital no infringió la ley.

4. *El recurso de apelación.* La inconformidad del actor se sustenta con esto argumentos:

"Aunque el mencionado fallo no está basado, como en él mismo se afirma, en la presunción de la legalidad del acto de la adjudicación, encuentro necesario exponer la razón que condujo a mi poderdante a demandar la nulidad de las resoluciones que declararon y confirmaron el incumplimiento en la firma del contrato y no la resolución de adjudicación del mismo.

"El proceso de adjudicación que nos ocupa, incluyendo su notificación, estuvo viciado de nulidad absoluta por las siguientes razones:

"a) El acuerdo No. 8 de 1980, en su artículo primero, exige la autorización previa de la Comisión de Presupuesto y Hacienda del Concejo Distrital como requisito esencial para que el señor Alcalde Mayor pueda celebrar contratos que excedan los 20 millones de pesos sin pasar de 50.

"2) Aceptando, como se dice, en gracia de discusión, que la adjudicación *AD REFERENDUM*, institución desconocida en nuestra legislación y en nuestra jurisprudencia, hubiera quedado saneada por la posterior autorización de la Comisión de Presupuesto y Hacienda del Concejo, es indiscutible que esa adjudicación no se produjo el 2 de noviembre de 1983 sino el 29 de noviembre de 1983, fecha esta en la que la Comisión del Concejo dio la autorización para el proceso contractual y, por consiguiente, después de vencida la fecha fijada en los pliegos de condiciones de la licitación para efectuar dicha adjudicación. El cierre ocurrió el 6 de octubre y la adjudicación ha debido efectuarse antes del 6 de noviembre.

"O sea que el proceso precontractual hubo violación de las normas de derecho público: La que prohibe al Alcalde celebrar contratos de cuantía

superior a los veinte millones de pesos hasta cincuenta sin previa autorización de la Comisión de presupuesto y Hacienda del Concejo y la que ordena adjudicar el contrato dentro del término establecido en los pliegos de condiciones (literal f, numeral 1. del artículo 264 del Código Fiscal de Bogotá, acuerdo No. 9 de 1976).

"Los siguientes apartes de la sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, de 21 de junio de 1984, Ponente: Dr. José Alejandro Bonivento F. ilustra por completo el tema:

"En suma, se está frente a la contravención de normas que regulan la contratación administrativa particularmente en lo atinente a la autorización Presidencial que se exige para esta clase de contrato de prestación de servicio - más de trescientos mil pesos como quedó consignado - y la del DANE, para conocer la justificación de los servicios que suministren terceros, distintos a dicho departamento. La desatención, por tanto, de las autorizaciones indicadas, refleja una violación de las norma que reglan la contratación administrativa, y que hace que el contrato esté viciado, y, por consiguiente, sea susceptible de declararse su nulidad.¿ y qué grado de nulidad comporta la contravención apuntada?. Para la Sala es de nulidad absoluta... En Materia de contratación administrativa, en verdad, mucha fuerza tiene el mandato de los artículos 1.519 y 1.523 del Código Civil, en cuanto señalan que hay objeto ilícito en todo lo que contraviene el derecho público de la Nación, que para situaciones como las que nos ocupan, ocurre cuando se desconocen, por inaplicación de las exigencias legales que para el ordenado cumplimiento de las funciones de los agentes del Estado, o en el contrato prohibido por la leyes. Y es que el derecho público de la Nación, merece, por tanto, el máximo cuidado y atención. Por eso, se convierte en vicio, y, por tanto, hay objeto ilícito, en un contrato administrativo, la prescindencia de aquellos supuestos que según la ley deben cumplirse, para la viabilidad del negocio o los que están prohibidos. Se podrá argüir que la falta de las formalidades o requisitos puede ser subsanada y, por ende, la nulidad que procede es la relativa, como lo establecía el artículo 190 del Decreto 150 de 1976. Pero no. El vicio que se le endilga al contrato, va más allá del simple quebranto, formal del negocio jurídico. Está, en verdad, comprometido el derecho público de la Nación, como quedó anotado, con la consecuencia anotada en el artículo 2° de la Ley 50 de 1936 que dice: "La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aún sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello; puede asimismo pedirse su declaración por el Ministerio Público en el interés de la moral o de la ley..." Es decir, no son aplicables los artículos 189 y 190 del Decreto 150 sino, por fuerza de su imperatividad, la regla general de la Ley 50 citada."

"El artículo 500 del Acuerdo No. 9 de 1976, Código Fiscal del Distrito, vigente para la época en que ocurrieron los hechos materia de este proceso, así como también el artículo 78 del Decreto 222 de 1983, siguiendo el mismo criterio expuesto en la sentencia citada, disponen que hay nulidad absoluta 'en los casos previstos en las disposiciones vigentes' , entre las cuales se encuentran, sin duda alguna, los artículos 1.519 y 1.523 del Código Civil.

"Con la sentencia citada el Consejo de Estado reiteró su jurisprudencia en el sentido de que un contrato administrativo es nulo si alguno de los actos precontractuales está viciado de nulidad, sin necesidad de declarar previamente la nulidad de dicho acto precontractual. Repugna que un acto administrativo pueda mantenerse con imperio y vestido de legalidad si se apoya en un acto nulo, reconocido así por la justicia, en este caso por el H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

"Si la adjudicación se hace al proponente pero recortándole el precio o el plazo ofrecido, éste es un acto igualmente nulo que no puede servir o ser idóneo o eficaz para montar sobre él una sanción por no aceptarse. La violación de la ley por parte de la Administración no puede servirle o habilitarle para exigir prestaciones que tendrían su causa en un acto nulo. Todo lo que se edifique sobre una nulidad será igualmente nulo. Los cimientos de ese edificio serán espúreos.

"La tesis del H. Tribunal es entonces: Evidentemente el decreto de pena de muerte es ilegal y nulo pero la condena que con fundamento en él se decretó debe cumplirse porque tal decreto no ha sido demandado a pesar de que reconozco que es nulo.

"El derecho pretende ser todo lo contrario y razonamientos al absurdo como éste nos sirven para demostrarnos la equivocación.

"Conviene resaltar que la sentencia que recurro reconoce de manera expresa que la notificación extemporánea de la adjudicación tiene relievancia en cuanto a la negativa de la firma del contrato. Pero luego la Sala emplea tres páginas para tratar de decir que el término fijado en los pliegos de condiciones de la licitación para adjudicar no era perentorio y podía ser compensado con otros términos, tales como los fijados por los mismos pliegos para la suscripción del contrato y para la legalización del mismo. Olvidó el H. Tribunal que los funcionarios públicos no poseen la facultad de reducir o de ampliar los términos perentoriamente establecidos por la ley, salvo disposición expresa que así lo determine (por ejemplo el ordinal 4° del artículo 30 del Dec. E. No. 222/83). Estos términos del proceso de contratación no son caprichosos, sino que obedecen a la necesidad de que los vínculos contractuales se realicen dentro de las previsiones tenidas en cuenta por la entidad al elaborar los

pliegos, y por el proponente al elaborar su propuesta. Cualquier demora, así sea corta, puede ocasionar un desequilibrio en la vinculación y causar sobrecostos a cualquiera de las partes."(fls. 349 a 351 C.1).

5. La Doctora EDNE COHEN DAZA, Fiscal Segunda de la Corporación estima que la sentencia recurrida se debe revocar para, en su lugar, proferir un fallo inhibitorio; tal conclusión se asienta en consideraciones de este orden:

"Ahora bien, volviendo a la demanda y precisando las peticiones en ella consignadas, tenemos que el Actor solicitó la nulidad de la Resolución No. 0074 de 3 de febrero de 1984 que precisamente declaró el incumplimiento del proponente al no firmar el contrato que se le había adjudicado.

"También se demandó la Resolución No. 0106 de marzo 5/84 que confirmó la anterior al resolver el recurso de reposición interpuesto contra la primera resolución.

"Ahora bien: analizados los tres cargos que se hacen y que se realizaron en la primer parte de este concepto, la Fiscalía encuentra que en ninguno de ellos ataca o va dirigido contra los actos que se acusan. Muy posiblemente, por los motivos que ya se explicaron y que se deducen de lo ocurrido y narrado en los considerandos de la Resolución 0074, al Actor no le convenía realmente acusar el acto de adjudicación, pues en verdad le fue beneficioso, pero ante la imposibilidad de mejorar o reajustar los precios de su propuesta y habiendo la Administración ordenado hacer efectiva la garantía de seriedad de la propuesta, el Actor decidió demandar el proceso de licitación, so pretexto de demandar el acto, pero sin aducir ningún argumento jurídico en su contra que permita realizar el análisis y decidir si el acto o actos que se acusan son o no legales.

"No existe pues ningún fundamento jurídico para analizar si los actos acusados están o no sujetos a la ley.

"Lo anterior fue observado también por el Fiscal del Tribunal y por la sentencia en la que se analizan los cargos pero dándole a la demanda una interpretación que la misma no admite y solamente para entrar al fondo del asunto propuesto y terminar negando las peticiones de la demanda.

"Pero resulta, que la forma en que fue planteada la demanda, sin existir en ella ningún cargo o fundamento jurídico contra los actos que se acusan, impide una decisión sobre la legalidad o ilegalidad de los mismos, pues resulta imposible analizar y hacer el estudio del acto acusado, cuando no se ha esgrimido en su contra ningún motivo de ilegalidad.

"Los tres cargos que se formulan en la demanda están dirigidos simplemente contra el proceso de licitación, trámite este que culminó con un acto de adjudicación que no fue impugnado por ninguna persona interesada y por lo mismo se presume válido. Por otra parte, resulta contradictorio que sea el proponente favorecido con la licitación quien alegue o pretenda demandar una adjudicación que le fue favorable; hacerlo demuestra falta de seriedad en su propuesta o un deseo inexplicable de entorpecer el proceso de contratación.

"Tenemos pues que el presente caso, cualquiera que hayan sido las razones del Actor para demandar la Resolución No. 074 de febrero 3 de 1983, ellas no se manifestaron como cargo concretos de ilegalidad de dicho acto, lo que impide realizar el juzgamiento que se solicita. La demanda así formulada resulta inepta, o lo que es igual, falta en el presente caso el presupuesto procesal demanda en forma, lo que impide un pronunciamiento de fondo." (fls. 373 a 375 C.1).

LA SALA CONSIDERA

La Sala participa del criterio expuesto en el concepto fiscal; no hay duda de que la demanda adolece de graves errores que la hacen sustancialmente inepta.

La lectura desprevenida de la demanda pone de manifiesto una completa desvertebración entre las peticiones de una parte, y los hechos constitutivos de la causa petendi y el concepto de violación, de otra; desarrollan temas distintos; la primera pretensión, que es la principal, pues las tres restantes son consecuenciales, impetra la declaración de nulidad de las resoluciones Nos. 0074 y 0106 expedidas el 3 de febrero y el 5 de marzo de 1984 por el Alcalde Mayor del, para entonces, Distrito Especial de Bogotá, por medio de las cuales se declaró que el actor había incumplido su obligación de firmar el contrato luego de serle adjudicada la licitación pública N° 08/83 para la construcción del puente peatonal en la Avenida El Dorado con transversal 45, CAN; los hechos y el concepto de violación, en cambio, están encaminados a demostrar las irregularidades ocurridas en el procedimiento de la licitación y en la expedición del acto de adjudicación contenido en el Acta N° 014 del 2 de noviembre de 1983 de la Junta Asesora y de Contratos del Distrito Especial (fls. 11 a 13 del cuaderno de pruebas); en efecto: los dos primeros hechos de la demanda cuentan que el actor presentó su oferta en la licitación pública N° 08/83 para la construcción del puente peatonal sobre la Avenida El Dorado con transversal 45 de Bogotá, la cual se cerró el 6 de octubre de 1983; el tercero y el cuarto refieren que la adjudicación no se produjo por resolución motivada y que fue notificada al adjudicatario por fuera del término previsto en los pliegos de condiciones; el quinto expresa que no existió la autorización del Concejo Distrital para celebrar el contrato; y del sexto al noveno, relacionados con los actos acusados, se limitan a señalar la expedición de los mismos y el agotamiento de la vía gubernativa.

El concepto de violación guarda lógica con los primeros cinco hechos invocados por el actor como causa de sus reclamaciones; en lo que el libelo denomina "primer concepto", reprocha la inexistencia de la autorización del Concejo para la celebración del contrato (fls. 3 y 4) y critica la "adjudicación *ad referendum*" que produjo la administración del Distrito (fls. 45 y 46); en el "segundo concepto" tacha la adjudicación por cuanto no se produjo por medio de resolución motivada; en el "tercer concepto" deduce que es ilegal la adjudicación, y su notificación, por fuera del término señalado en los pliegos de condiciones; y el "cuarto concepto" agrupa las tres apreciaciones anteriores para concluir que la actuación descrita quebranta normas constitucionales.

Este repaso muestra que nada se dijo ni se argumentó en contra de los actos cuya nulidad se impetra, desconociendo las exigencias de los ordinales 3° y 4° del artículo 137 del C.C.A.; frente a esa realidad la decisión ha de ser absolutoria.

Es bien sabido que el control que ejerce la Jurisdicción Contencioso Administrativa sobre la actividad de la administración, según la atribución general de los artículos 82 y 83 del C.C.A., no reviste carácter oficioso; se trata de una aplicación del llamado principio dispositivo al proceso jurisdiccional contencioso administrativo que impide al juzgador, de un lado, "instaurar *ex-officio* un proceso" y, de otro, "dictar providencias que vayan más allá de los limites de la demanda", como lo enseña el profesor MAURO CAPELLETTI ("El proceso civil en el Derecho comparado", págs. 23 y 30); estas reglas, que pueden atenuar su rigor en algunos campos por el principio constitucional de la prevalencia del derecho sustancial (artículo 228 de la Constitución Política), son de estricta observancia cuando el juzgamiento de los actos administrativos se trata.

Favorecidos estos actos por la presunción de juridicidad (legalidad y veracidad) que le permite producir los efectos que les son propios con el solo requisito de haber adquirido firmeza, despojarlos de ella requiere de una expresa petición de nulidad apoyada por elementos fácticos y argumentos jurídicos que la demuestren. De allí que no sea inoficiosa, sino conforme con esa doctrina, la necesidad legal de "*individualizar con toda precisión*" el acto administrativo cuya nulidad se demanda (artículo 138 del C.C.A) del cual se ha de aportar, además, la copia correspondiente (artículo 139 ibídem).

No es posible, como lo solicita el apelante, declarar, oficiosamente, la nulidad del acto de adjudicación para, en una fase posterior, atender sus pretensiones; la sentencia de esta Corporación que transcribe parcialmente en el alegato de sustentación para respaldar sus argumentos se refiere a un tema completamente distinto; en el presente caso, el actor ha situado la controversia dentro de los linderos de una acción de nulidad y restablecimiento del derecho, actuación consecuente con la inexistencia de un contrato que él mismo se negó a suscribir; el fallo invocado, en cambio, se refiere a la

nulidad absoluta de *un contrato* por la infracción de normas de derecho público en el proceso de contratación; para este evento final, el juez administrativo esta autorizado, de modo especial y expreso, para declararla de oficio, "cuando esté plenamente probada en el proceso y siempre que en él intervengan las partes contratantes o sus causahabientes" (artículo 87 del Código en cita).

Son, pues, campos jurídicos diversos e independientes; en el presente caso, se cuestiona la legalidad de unos actos administrativos unilaterales con el objeto de lograr el restablecimiento de unos derechos individuales; en el universo del fallo, el juez señala las razones de la nulidad absoluta de un contrato; y si bien acto y contrato pueden coexistir, esa circunstancia no impide que cada uno de ellos conserve su propia naturaleza jurídica con las secuelas que de ella se derivan.

No es posible, por consiguiente, examinar jurisdiccionalmente la validez jurídica del acto de adjudicación porque no fue solicitada su nulidad en la demanda; y tampoco se puede hacerlo con los actos que sí fueron cuestionados porque se desconocen las razones de hecho y de derecho que asistieron la censura; "el proceso, cualquier proceso, enseña el profesor Santiago Sentis Melendo, significa subsunción de un hecho bajo una norma o, con una terminología distinta o con otra visión, aplicación del derecho al hecho; en síntesis, construcción de premisas mayor y menor, de las que surgirá una conclusión. Sentenciar es mucho más grave que silogizar; pero mientras las sentencias hayan de fundarse sólo se podrá sentenciar silogizando. El silogismo es la forma normal de la sentencia, y cuando no se lo formula explícitamente es porque se lo sobreentiende".

Tal procedimiento no es posible en este caso porque el demandante no presentó las causas (fundamento fáctico) de las pretensiones y porque las razones jurídicas en que apoyó su censura no corresponden a los actos acusados.

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

FALLA:

PRIMERO: Confírmase el fallo apelado.

Cópiese y notifíquese.

Daniel Suárez Hernández, Presidente de la Sala; *Juan de Dios Montes Hernández; Carlos Betancur Jaramillo; Julio Cesar Uribe Acosta.*

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de fecha dos (2) de julio de mil novecientos noventa y dos (1992).

ACCION IN REM VERSO/ ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA/ CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE INMUEBLES-Inexistencia

La Administración de Impuestos utilizó, para sus oficinas, el inmueble, sin solución de continuidad, sin que la propietaria percibiera un solo peso como contraprestación. No hay duda del enriquecimiento de la administración (consistente en el uso y disfrute del inmueble durante algo más de 5 años) y el empobrecimiento correlativo de Cooperagro que no usufructó el bien pero tampoco recibió contraprestación por ello; el enriquecimiento descrito carece de causa, pues el contrato de arrendamiento proyectado no fue más que un frustrado intento. La actora no tenía remedio jurídico distinto que la acción de reparación directa fundada en el enriquecimiento sin causa de la administración.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera

Santafé de Bogotá, D.C., Julio tres (3) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Doctor Juan de Dios Montes Hernández*

Referencia: Expediente N°. 5876 Actor : Cooperativa Agropecuaria del Caquetá Ltda "COOPERAGRO"

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora en contra de la sentencia proferida por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Caquetá, el 1° de junio de 1989, por virtud de la cual decidió: "Declárase probada la excepción de inepta demanda, en consecuencia inhíbese el Tribunal para decidir sobre el fondo de las pretensiones".

ANTECEDENTES PROCESALES

1. El 6 de febrero de 1988, por medio del apoderado judicial debidamente constituido, la COOPERATIVA AGROPECUARIA DEL CAQUETA LTDA. COOPERAGRO, en ejercicio de la acción establecida en el artículo 86 del C.C.A., demandó a la NACION- MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO, entidad frente a la cual esgrimió estas pretensiones:

"1) Que LA NACION COLOMBIANA MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO es administrativamente responsable por los perjuicios que le ha causado a la COOPERATIVA AGROPECUARIA DEL CAQUETA LTDA. COOPERAGRO, por la ocupación de hecho del local de propiedad de la demandante ubicado en la Carrera 9 N°. 16-31 de la ciudad de Florencia, durante el período comprendido entre el 25 de Enero de 1981 y el 11 de febrero de 1986 sin haber cancelado suma alguna por concepto de arrendamiento.

"2) Que como consecuencia se le condene a pagar la suma de $5.436.779.00 o la que aparezca demostrada en el curso del proceso, más sus intereses legales de mora correspondientes desde el 11 de febrero de 1986 hasta la fecha en la que se dicte la sentencia correspondiente.

"3) Que la condena debe cumplirse en los términos del artículo 177 del C.C.A." (fl. 1).

2. Los hechos que presentó la actora como fundamento de su petición son los siguientes:

"1) LA COOPERATIVA AGROPECUARIA DEL CAQUETA LTDA. COOPERAGRO, entregó al MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO, a través de la Administración de Impuestos Nacionales de Florencia, un local comercial ubicado en la Carrera 9 No. 16-31 y 35 de Florencia, el día 25 de Enero de 1981 para que fuese ocupado con las oficinas de la Administración de Impuestos Nacionales de esa ciudad, a título de arrendamiento.

"2) Que la demandada se obligó a pagar a la Cooperativa la suma de $60.000.00 mensuales.

"3) Que por diversos problemas administrativos de LA COOPERATIVA AGROPECUARIA DEL CAQUETA LTDA. COOPERAGRO no fue posible suscribir y perfeccionar el contrato de arrendamiento respectivo.

"4) Que como consecuencia de lo anterior, LA NACION COLOMBIANA MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO se negó a cancelar suma alguna por concepto de arrendamiento durante todo el tiempo que lo ocupó.

"5) Que la Administración de Impuestos Nacionales de Florencia ocupó con sus oficinas el mencionado inmueble desde el 25 de Enero de 1981 hasta el 11 de febrero de 1986.

"6) Que la ocupación ilegítima del inmueble, sin cancelar el valor correspondiente al arrendamiento implica para la Nación un enriquecimiento sin justa causa, es decir, un aumento patrimonial en detrimento del patrimonio de la demandante.

"7) Que la costumbre comercial impone un incremento del canon de arrendamiento, luego de expirada la vigencia del contrato de por lo menos el 20%, por lo que con base en lo inicialmente pactado el canon de arrendamiento que debió pagar LA NACION COLOMBIANA MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO debió tener las siguientes variaciones de haberse perfeccionado el contrato:

"25 En./81 a 24 En./82	$ 60.000.00 mensuales
"25 En./82 a 24 En./83	$ 72.000.00 mensuales
"25 En./83 a 24 En./84	$ 86.400.00 mensuales
"25 En./84 a 24 En./85	$ 103.680.00 mensuales
"25 En./86 a 24 En./86	$ 124.416.00 mensuales
"25 En./86 a 24 En adelante	$ 149.300.00 mensuales

"8) Que con base en el señalamiento de los cánones realizado en el punto anterior la Nación Colombiana debió pagar a LA COOPERATIVA AGROPECUARIA DE CAQUETA LTDA. COOPERAGRO, de haberse perfeccionado el contrato de arrendamiento las siguientes sumas:

"En. 25/81 a 24 En./82	$ 720.000.00
"En. 25/82 a 24 En./83	$ 864.000.00
"En. 25/83 a 24 En./84	$ 1.036.000.00
"En. 25/84 a 24 En./85	$ 1.244.160.00
"En. 25/85 a 24 En./86	$ 1.492.992.00
"En. 25/86 a 11 Feb./86	$ 79.627.00
TOTAL	$5.436.779.00

"9) Que la entidad demandante ha hecho varios requerimientos a la demanda para obtener el pago de la mencionada suma y sus intereses correspondientes, sin que hasta ahora hallan (sic) tenido éxito sus gestiones." (fls. 1 y 2 del expediente).

3. El Tribunal admitió la demanda (fls. 23 y 24); la entidad demandada se notificó el auto admisorio (fl. 5) y constituyó apoderado especial quien la contestó en escrito visible a folios 40 a 43 del expediente; se opuso a las pretensiones deprecadas; propuso las excepciones de caducidad de la acción y la de inepta demanda; aceptó que "las oficinas de la Administración de Impuestos Nacionales ocuparon el inmueble", pero alegó que dicha ocupación no fue ilegítima por cuanto se tenía proyectado celebrar un contrato de arrendamiento que nunca se suscribió por la negligencia de los administradores de la Cooperativa.

Las dos partes pidieron pruebas y el Tribunal las decretó y dispuso, para su práctica, un término de sesenta días (fls. 44-45), al cabo de los cuales alegó el apoderado judicial de la Nación (fls. 71-73); en su escrito reiteró que las obligaciones a cargo de la Nación habían prescrito entre los años 1981 y 1984 por el señalamiento de los artículos 2526, 2529 y 2517 del C.C., y que la acción de reparación directa había sido indebidamente utilizada por la actora que debió acudir a la acción contractual.

4. Las razones que tuvo el Tribunal para abstenerse de resolver el conflicto son las siguientes:

"Nos referimos a la excepción de inepta demanda propuesta por el apoderado de la entidad demandada, quien manifiesta que el demandante pretende el pago o indemnización sobre un presunto contrato de arrendamiento, que habla de cánones mensuales, entonces indica que la acción debía ser contractual porque se pretende con ella probar la existencia o validez del contrato de arrendamiento que no ha sido suscrito entre la Nación y la Cooperativa.

"De acuerdo a los hechos de la demanda, la parte demandante pretende que se le paguen los cánones de arrendamiento que dice se obligó la demandada en el momento de ocupar en arrendamiento el lugar situado en la carrera 9a. N° 16-31 y 35, contrato que no fue posible suscribir y perfeccionar por problemas administrativos de la parte actora, o sea que se debe establecer si la ocupación del inmueble por parte de la Administración de Impuestos Nacionales de Florencia, fue a título de arrendamiento.

"Considera la Sala, que en el caso de autos hay que precisar si hubo o no contrato de arrendamiento, pues el origen de la discusión radica en ello, pero entonces la acción que debía intentar la parte demandante, no

es la de reparación directa y cumplimiento, sino la relativa a contratos, que consagra el Art. 87 del C.C.A., por lo tanto habrá de declararse probada la excepción propuesta y en consecuencia se declarará inhibido el Tribunal para resolver sobre el fondo del proceso.

"La anterior consideración hace innecesario el estudio de la excepción propuesta por caducidad de la acción intentada, puesto que siendo procedente la acción relativa a contratos, el término se contabilizaría a partir de la expedición de los actos u ocurridos los hechos que dieron origen a ella (inciso 7º Artículo 136 del C.C.A)." (fls. 96 a 97 del expediente).

5. En el escrito de sustentación del recurso, el apelante expresa su inconformidad con el fallo, en estos términos:

"V. RAZONES DE LA IMPUGNACION:

"Como se observa, el a-quo hace un equívoco planteamiento del problema jurídico a resolver, al afirmar que lo que se debe determinar es la existencia o no de un contrato de arrendamiento, cuando la acción precisamente parte del supuesto según el cual no hubo contrato entre las partes.

"El acuerdo de voluntades entre COOPERAGRO y la NACION COLOMBIANA MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO no alcanzó la categoría de contrato, ya que no se cumplieron los requisitos de forma necesarios para que naciera a la vida jurídica. Si el contrato no existió, cual podría demandarse un pronunciamiento por incumplimiento.

"La jurisprudencia ha aceptado reiterada y unánimemente que en estos casos nos encontramos frente a un caso de responsabilidad extracontractual del Estado, en la que el daño se constituye en la fuente de la obligación indemnizatoria en favor de un particular y la acción a seguir es la acción de reparación directa y cumplimiento 'conocido también como el de la responsabilidad extracontractual' (Betancur Jaramillo, Carlos. Las acciones Contenciosas Administrativas. Comentarios al Código Contencioso Administrativo. Colegas, Medellín, 1985 pág. 65-66).

"Lo que determina la naturaleza de la acción contenciosa en su finalidad, lo que persigue el actor con su ejercicio, la acción es de nulidad si se busca la declaratoria de nulidad de un acto Administrativo; si además de la anulación del acto se pretende el restablecimiento del derecho o la reparación de un daño la acción es la de restablecimiento del derecho; si se busca la reparación del daño se (sic) este tiene como causa un hecho

de la Administración; si se persigue un pronunciamiento sobre la existencia, validez, revisión o incumplimiento de un contrato de acción será la relativa a contratos.

"De las pretensiones contenidas en la demanda se desprende claramente que la acción a seguir era la de reparación directa y cumplimiento y no la de contratos como equivocadamente lo afirma el sentenciador de primera instancia.

"Respecto de los otros problemas jurídicos a resolver y que no fueron mencionados por el a-quo en su providencia me pronunciaré el en período para alegar." (fls. 108 a 109 del expediente).

En la etapa de alegatos, en esta instancia, nada dijeron las partes.

6. La Doctora EDNE COHEN DAZA, Fiscal Segundo del Consejo de Estado, solicita revocar el fallo y condenar en abstracto a la Nación; sus reflexiones son las siguientes:

"Para esta Agencia Fiscal se evidenciaron durante el trámite de la primera instancia los siguientes hechos:

"1.- La Administración de Impuestos Nacionales de Florencia ocupó el local situado en la carrera 9a. Nº 16-35 de dicha ciudad de propiedad de la Cooperativa Agropecuaria de Caquetá 'COOPERAGRO' desde el 25 de enero de 1981 hasta el 11 de febrero de 1986, donde funcionaron las instalaciones de la citada entidad.

"2.- La Administración no pagó ni ha pagado por tal concepto ninguna suma de dinero como contraprestación o a título de canon de arrendamiento a la actora, según se desprende del acta de entrega del bien (fl. 53), de la certificación del Administrador de Impuestos Nacionales de Florencia (fl. 58) y del mensaje oficial suscrito por el Jefe de la División de Servicios Generales del Ministerio de Hacienda. (fl. 67).

"3.- Se sabe que por parte de las dos entidades hubo la intención de suscribir un contrato de arrendamiento sobre el referido bien inmueble para legalizar la situación de una ocupación de hecho, acuerdo de voluntades que no pudo ser perfeccionado. Lo anterior se colige de las comunicaciones emanadas de varios funcionarios del Ministerio que obran a folios No. 61, 64, 66, 68 y 69 del informativo.

"4.- El ente nacional, al instalar y mantener en el inmueble de propiedad de la Cooperativa, las dependencias de la Administración de Impuestos Nacionales durante más de cinco años, recibió un beneficio y a su vez

causó un empobrecimiento a la demandante consistente en lo que ésta dejó de percibir como sumas de dinero que normalmente hubiera recibido como frutos civiles del inmueble.

"Lo anterior indica, que en el presente caso existió una situación irregular por cuanto se omitieron las formalidades estipuladas en la ley para legalizar un convenio, sin que se pueda negar que de dicho hecho surgieron unas obligaciones.

"La parte actora haciendo uso de la acción de reparación directa (art. 86 Decreto 01/84), solicitó el pago de los perjuicios que la situación, u ocupación como él la denomina, le ha causado.

"La sentencia del Tribunal, como ya se anotó, consideró que el demandante escogió una acción inapropiada, pues a su juicio ha debido demandar en acción contractual.

"Este despacho se aparta del anterior criterio, pues considera que no existiendo un contrato, la situación que se presentó debe enfocarse como un hecho que da lugar a plantear el enriquecimiento sin causa; acción que está comprendida precisamente en la de reparación directa que consagra el art. 86 del D. 01/84.

"Como esa fue la acción que se ejercitó, debe estudiarse el fondo del asunto planteado en la demanda.

"De las pruebas allegadas y a las que se hizo mención, se puede deducir fácilmente, que en el presente caso la administración usufructuó de un inmueble de propiedad de la actora, sin que hubiera pagado ningún precio por tal beneficio; esto indica que la entidad demandada recibió un enriquecimiento, en tanto que la Cooperativa se empobreció al dejar de percibir el valor o canon de ese arrendamiento.

"Por no haberse perfeccionado el contrato de arrendamiento, la administración no encontró la manera de justificar y hacer el pago de los cánones de arrendamiento, pues sabido que la ley prohibe ejecutar los contratos no perfeccionados. Como la circunstancia anterior sin embargo no fue obstáculo para que la entidad oficial usufructuara del inmueble y funcionará allí durante más de cinco años, deben aplicarse los principios de equidad y reconocer a la Actora lo que dejó de percibir por concepto del valor del arrendamiento, durante el tiempo que la administración usufructuó del inmueble.

"Tampoco podía la entidad demandada entrar a indemnizar a la Cooperativa, pues disposiciones de orden constitucional se lo prohiben.

"No teniendo la parte Actora ninguna otra acción específica y dándose en el presente caso las condiciones exigidas por la jurisprudencia y la doctrina, sólo podía invocar a su favor la llamada actio in rem verso, como debe entenderse que se hizo.

"En el expediente no existe prueba suficiente que permita asegurar cuál fue el precio del arrendamiento convenido por las partes; en la demanda se afirmó que la administración convino en pagar $ 60.000.oo mensuales como canon, pero la demandada dice atenerse a lo que se pruebe en este punto.

"Lo que sí quedó plenamente probado fue el tiempo que el inmueble estuvo ocupado por las oficinas de la Administración de Impuestos Nacionales, como se desprende de todas las comunicaciones que aparecen en el expediente, y de la manera especial del certificado expedido por un funcionario de la Administración de Impuestos de la ciudad de Florencia visible al folio 82 y del acta de diligencia de entrega del inmueble anexada al folio 19.

"Habrá pues lugar a acceder al pago de la suma de dinero dejada de pagar por concepto de canon de arrendamiento por el tiempo que la demandada permaneció en el inmueble, incrementando dicha suma con los intereses moratorios según lo solicitado en la demanda, sin que haya lugar a acceder a ninguna otra petición." (fls. 116 a 119 del expediente).

LA SALA CONSIDERA

A. La Sala revocará la sentencia del Tribunal cuya falta de consistencia jurídica es ostensible; en efecto, la cooperativa demandante partió del hecho cierto de la inexistencia del contrato de arrendamiento que proyectó pero que nunca pudo celebrar con la Nación; sobre esta base no contradicha por la entidad demandada, se enfrentó a la improcedencia de la acción contractual, la que, como lo dice su nombre, tiene su fundamento en el contrato, y resolvió, en consecuencia, acudir a esta jurisdicción por la vía de la reparación directa, alegando que la administración había ocupado temporalmente y sin contraprestación alguna un bien inmueble de su propiedad.

Esto es suficientemente claro; sin embargo, para abundar en razones, es bueno repasar el precepto del artículo 87 del C.C.C., vigente a tiempo de presentar la demanda, que legitimaba a cualquiera de las partes en un contrato administrativo o en uno privado con cláusula de caducidad a pedir del juez un pronunciamiento sobre la existencia o validez (del contrato); la revisión (del contrato); la declaración de incumplimiento (del contrato); la responsabilidad derivada de él (del incumplimiento del contrato) y la nulidad absoluta (del contrato); para la proposición de esta última estaban legitimados también el ministerio público y la persona directamente interesada en el contrato. Como

se ve, todas las pretensiones debían fundarse en el contrato para lo cual el demandante debía partir del supuesto de su celebración y de su existencia; esta situación no varió luego de la expedición y vigencia del Decreto Extraordinario N° 2304 de 1989, cuyo artículo 17 reemplazó el 87 del Decreto Extraordinario No. 01 de 1984.

En síntesis - para el caso concreto - no era procedente la acción contractual pues la demandante fundó su pretensión en el hecho de la inexistencia del contrato de arrendamiento, y, por lo tanto, no le quedaba camino distinto que demandar la reparación del daño a través de la acción de reparación directa, tal y como efectivamente lo hizo.

Estas reflexiones imponen que la Sala revoque la sentencia inhibitoria del a-quo y que resuelva, de fondo, las pretensiones planteadas.

B. Los documentos que recoge el expediente demuestran que entre Cooperagro y la Nación se proyectó la celebración de un contrato de arrendamiento del bien inmueble, de propiedad de la última, situado en la carrera 9a. N° 16-31 y 35 de la ciudad de Florencia para que en él funcionase la Administración de Impuestos Nacionales de dicha localidad; la entidad pública ocupó el inmueble desde el 25 de enero de 1981 según consta en la certificación que obra a folio 58 del expediente, pero el contrato no se pudo celebrar "....debido a impedimentos de carácter legal de la Cooperativa por carecer inicialmente de representante legal y presentarse con posterioridad una diligencia de secuestro adelantada por el Juzgado Promiscuo Municipal de Florencia de la que fue objeto el local ya señalado" (fl. 68); la verdad es que la entidad pública siempre estuvo pronta a solucionar el problema y como muestra de su preocupación se presentan las copias del telegrama y de la carta que dirigió a la demandante (fls. 60-63).

En definitiva, lo cierto es que la Administración de Impuestos Nacionales de Florencia utilizó, para sus oficinas, el inmueble referido, sin solución de continuidad desde el 25 de enero de 1981 hasta el 11 de febrero de 1986, sin que la propietaria percibiera un solo peso como contraprestación; así lo hicieron constar los funcionarios que entregaron el inmueble a su dueña en la última de las fechas indicadas, mediante un acta mediante la cual se lee:

> "Se deja expresa constancia que ha quedado pendiente el pago del valor del arrendamiento por parte del Ministerio de Hacienda por todo el tiempo transcurrido de ocupación del inmueble por la Administración de Impuestos Nacionales". (fl. 53).

C. Las circunstancias descritas estructuran, con entera claridad, un enriquecimiento sin causa que favorece a la administración y que empobrece a la demandante, generando, para ésta última, el derecho a ser reparada. Es la que se ha denominado como la acción de *in rem verso*, inicialmente deducida

por la jurisprudencia de los artículos 5, 8, y 48 de la ley 153 de 1887, y, luego consagrada por nuestro derecho positivo en el artículo 831 del Código de Comercio bajo el siguiente texto:

"Nadie podrá enriquecerse sin justa causa a expensas de otro".

Esta prohibición que trasciende el derecho positivo para constituir un principio general del Derecho sustentado en la equidad y en la justicia, ha sido aplicado en oportunidades diversas por la Sala, de las cuales ahora se recuerdan la sentencia de 9 de mayo de 1984, expediente Nº 2850, Actor: Prisego Ltda., y la de 11 de diciembre del mismo año, expediente Nº 4070, actor: Madriñán Micolta y Compañía Ltda.

En los hechos que se juzgan, no hay duda del enriquecimiento de la administración (consistente en el uso y disfrute del inmueble durante algo más de 5 años) y el empobrecimiento correlativo de Cooperagro que no usufructuó el bien pero tampoco recibió contraprestación por ello; el enriquecimiento descrito de causa, pues el contrato de arrendamiento proyectado no fue más que un frustrado intento; finalmente, como se vio antes, la actora no tenía remedio jurídico distinto que la acción de reparación directa fundada en el enriquecimiento sin causa de la administración.

En síntesis, están reunidos los elementos que la jurisprudencia ha exigido para la procedencia de la acción de in rem verso, razón por la cual se condenará a la Nación a reparar el daño ocasionado.

D. No está demostrada, sin embargo, la cuantía del daño que se reclama, razón por la cual esta condena se hará en abstracto para que se liquide en incidente posterior en arreglo con estas bases:

1. Mediante prueba pericial se establecerá:

- La extensión del inmueble que utilizó la Administración de Impuestos Nacionales de Florencia.

- Su valor para enero de 1981.

- El precio del arrendamiento mensual para la misma época.

- Los incrementos anuales hasta el mes de febrero de 1986.

2. La liquidación no podrá superar la suma solicitada en la demanda, es decir, $ 5'436.779=.

3. No hay lugar a actualización por cuanto no se pidió en la demanda, sin embargo, se liquidarán los intereses comerciales, año por año, a partir de

enero 25 de 1981 hasta el 11 de febrero de 1986, cuidando no liquidar intereses de intereses.

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

FALLA:

PRIMERO: Revócase el fallo apelado.

SEGUNDO: Condénase a la Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público a pagar en favor de la Cooperativa Agropecuaria del Caquetá -Cooperagro- el monto que corresponda de acuerdo con el ordinal siguiente, por la utilización que hizo del inmueble situado en la carrera 9a. N° 16 31 de la ciudad de Florencia.

TERCERO: La condena se liquidará en incidente que corresponde iniciar a la parte actora dentro de los sesenta (60) días siguientes a la notificación del auto que disponga el obedecimiento de este fallo y que se tramitará conforme al artículo 137 del C. de P. C., con arreglo a las bases trazadas en esta providencia.

CUARTO: Reconócese al Dr. RAUL RODRIGUEZ ESCAMILLA como apoderado SUSTITUTO de la Dra. ADRIANA ROJAS RODRIGUEZ, en los términos del escrito visible a folio 121 del expediente).

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de fecha Dos (2) de julio de mil novecientos noventa y dos (1992).

Daniel Suárez Hernández, Presidente de la Sala; *Juan de Dios Montes Hernández, Carlos Betancur Jaramillo, Julio César Uribe Acosta.*

Ruth Stella Correa Palio, Secretaria.

administrativo de Cundinamarca, mediante la cual se denegaron las súplicas de la demanda.

Súplicas que fueron formuladas así:

"1a.- La Nación (Policía Nacional) es administrativamente responsable de la muerte de JOSE ASTOLFO LEON, ocurrida en Bogotá, D.E., el día 24 de abril de 1987, a raíz de disparos hechos por miembros de una patrulla policial, en desarrollo de un servicio de vigilancia."

"2a.- Como consecuencia de la anterior declaración, la demandada pagará, por concepto de perjuicios morales subjetivos, a cada uno de mis mandantes arriba relacionados, la suma de dinero equivalente a UN MIL (1000) gramos oro, a la fecha de ejecutoria de la sentencia, de acuerdo al precio de ese metal que certifique el Gerente General del banco de la República."

"3a.- La demanda pagará, por concepto de perjuicios materiales, a mis mandantes ISABEL SANCHEZ DE LEON o ISABEL SANCHEZ AVILA y al menor YISSEL LEON SANCHEZ, la suma de dinero que se pruebe en este proceso, incluido el incidente de que tratan los artículos 172 del C. C.A. y 308 del C. de p.c., con la actualización que tiene acordada la jurisprudencia administrativa por la devaluación constante de la moneda nacional, y tenidos muy en cuenta el lucro cesante y el daño emergente."

"4a.- Si el daño material ocasionado a mis predichas mandantes no pudiere avaluarse pecuniariamente, debido a que no existe en el proceso base suficiente para fijarlo por medio de perito, la demandada pagará, como indemnización, una suma de dinero equivalente a cuatro mil (4000) gramos de oro, a cada una, a la fecha de ejecutoria de la sentencia, conforme certificación del Gerente del Banco de la República."

"5a.- La suma o sumas de dinero a cargo de la demanda, al tenor de la sentencia, se pagarán por su valor constante en relación con el Indice de Precios al Consumidor y, además con el interés puro del seis por ciento (6%) anual, desde la fecha del daño o perjuicio y hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia."

"6a.- Igualmente la suma o sumas de dinero a cargo de la demanda y al tenor del Auto que resuelva o decida el incidente de que tratan los artículos 172 del Código Contencioso Administrativo y 308 del Código de Procedimiento Civil, se pagarán por su valor constante en relación con el Indice Nacional de Precios al Consumidor y, además, con el interés puro del seis por ciento (6%) anual, desde la fecha de la sentencia y hasta la fecha de ejecutoria de ése Auto."

"7a.- Las sumas de dinero que se ordena a la demandada pagar a los actores, tanto en la sentencia como en el Auto por medio del cual se decida el incidente previsto en los artículos 172 del C.C.A. y 308 del C. de P.C., si este llegare a tramitarse, devengarán intereses comerciales durante los seis (6) meses siguientes a su ejecutoria y moratorios después de este término (art. 177 del C.C.A.)."

"8a.- La sentencia debe ejecutarse en los términos del articulo 176 del C.C.A."

La demanda, presentada el 2 de mayo de 1.988, narra:

"Que en la noche del 23 de abril de 1987, aproximadamente a las 10, el finado José Astolfo León, en compañía de varios conocidos suyos, ingresó al Restaurante Chicamocha, ubicado en la calle 57 con carreras 19 y 20, con el fin de cenar."

"A la media noche, salieron del establecimiento y al frente del restaurante, el hoy finado, hizo varios disparos al aire."

"Todos abordaron una camioneta de propiedad de Juan José Gutiérrez Zamora, quien la conducía. Cuando transitaban por la calle 57, casi en la mitad de la cuadra, entre las carreras 19 y 20 oyeron varios disparos dirigidos contra el vehículo en que viajaban, uno de los cuales hizo impacto en la cabeza de José Astolfo León, quien dejó de existir en la clínica Marly, a la 1.25 de la mañana del 24 de abril de 1.987."

"Los disparos fueron hechos por miembros de una patrulla policial que prestaba servicio de vigilancia, entre los cuales se encontraba el Cabo Primero Roldán Gutiérrez y el agente Cesáreo Ramírez García, sindicado del homicidio. El procedimiento policivo apresurado y torpe fue configurativo de una falla del servicio de vigilancia policiva que hace responsable a la Nación de la reparación de los daños."

El tribunal, luego del trámite de la instancia dictó la sentencia, en la cual denegó las súplicas de la demanda. En dicho fallo, el *a-quo* hizo las siguientes consideraciones:

"Quieren los demandantes se sancione patrimonialmente a la administración, por falla en el servicio de policía, pues encuentra que un agente de tal naturaleza, en actividad, y con arma oficial, causó la muerte de su pariente y de quien dos de ellos dependían patrimonialmente."

"Y en la averiguación necesaria para dar solución a su pretensión, es indispensable indagar, si se dan o no los supuestos de procedibilidad de

responsabilidad de la administración pública, y primeramente, responder si hay o no falla del servicio, bajo cualquiera de las modalidades, consagradas jurisprudencialmente."

"Y en ese camino, y hallándose certeramente probado, que el homicidio dio lugar a un proceso penal, ante la jurisdicción especializada, que terminó con sentencia ejecutoriada, es menester preguntarse, la incidencia que dicha decisión jurisdiccional, tiene en la que se tome en éste proceso."

"Ello muy a pesar de la falta de identidad entre los dos; ya que en algunos casos el proceso penal deviene en efectos erga omnes, oponible a terceros, con independencia que ellos hayan intervenido o no en él, o que en el nuevo proceso se establezcan nuevos y diferentes hechos."

"Las sentencias penales absolvieron a los agentes de la Policía Nacional. La de primera instancia argumentando que obraron en defensa legítima por encontrar que los ocupantes del vehículo le dispararon al agente Cesáreo Ramírez con arma de fuego y lo pretendieron atropellar (folio 144 cuad. 2). Y la de segunda porque halló que ninguno de los implicados en la investigación causó la muerte (folio 152 cuad. 2)."

"Y en tales condiciones, siendo que el Juez Penal afirma que el hecho causante del perjuicio, no lo cometieron los sindicados o cometiéndolo obraron en cumplimiento de legítima defensa hay lugar a dar aplicación al art. 55 del Código Penal que dispone la imposibilidad de sancionar patrimonialmente."

"Efectos de la cosa Juzgada Penal Absolutoria. La acción civil no podrá iniciarse ni proseguirse cuando en el proceso penal se haya declarado, por providencia en firme, que el hecho causante del perjuicio no se realizó o que el sindicato no lo cometió o que éste obró en cumplimiento de un deber, o en legítima defensa."

"Y aunque la norma habla de acción civil, ha de entenderse que ella cobija la acción de reparación directa por vía contenciosa, porque una y otra buscan indemnización por los perjuicios causados con ocasión del delito, resultando su diferencia de la calidad del sujeto pasivo, que en un caso es la administración; quien debe ser juzgada por un juez especial, el administrativo, sin que ello alcance a desdibujar la condición esencialmente reparadora de los dos procesos."

"Y tal conclusión inhibe al Juez contencioso para fundar una sentencia condenatoria, sobre el supuesto contrario, esto es, que el agente Cesáreo Ramírez, al servicio de la Policía Nacional, causó la muerte con ocasión del servicio. Ello a pesar que las probanzas recogidas en éste proceso y las trasladadas de los juicios disciplinario y penal permiten llegar a la

conclusión contraria y dejan huérfanas de pruebas los razonamientos obtenidos en ellos."

"Encontrándose además, que la averiguación contenciosa, no permite verificar, si la muerte se ocasionó con arma oficial, resulta incierto fundar una condena en la falla de la administración por culpa presunta."

"No siendo viable afirmar que el agente causó la muerte y no estando probado que tal conducta se ocasionó utilizando armas del estado, hay que afirmar que no se probó la conducta generadora de la responsabilidad y que por éste camino las súplicas de la demanda deben negarse."

Descontenta la parte actora y la fiscalía once del tribunal (fiscal Dr. Urias Torres R.) interpusieron apelación. Este sustentó su recurso a folios 113 y ss y aquella a folios134 y ss.

Tramitando el recurso, es oportuno decidir. Para ello, se considera:

Para el señor fiscal décimo de la corporación doctor Fernando Ospina Henao, el fallo recurrido merece ser revocado. En uno de los apartes de su vista fiscal de 24 de febrero de 1992 (a folios 173 y ss del cuaderno principal) observa:

"Los declarantes, que no fueron tachados de falsos por la parte demandada, merecen credibilidad por responsivos, por espontáneos, porque exponen la razón de la ciencia de su dicho y porque están corroborados por otros elementos de juicio que obran en el informativo."

"Consta en autos que C.P Roldán Gutiérrez y el AG. Ramírez García Cesáreo, presentaban la noche del insuceso y en el lugar de los hechos, servicio de vigilancia, y que portaban armas de dotación oficial."

"El primero un revolver No. 3951, calibre 38 largo y el segundo, un revolver marca Ruger, calibre 38 largo No. 158.-73982 (Fl. 169 y 179, 171 a 174 C.#2), los cuales dispararon contra la camioneta la noche de los hechos. No hay constancias en el proceso de que los agentes del orden hubieran sido provocados, ni agredidos por los ocupantes de la camioneta, ni se demostró que personas distintas a los uniformados hubieran disparado contra la víctima y sus acompañantes."

"El análisis que de las pruebas hace la justicia penal militar acepta la participación activa de los agentes implicados en los hechos, pero ordena cesar el procedimiento, porque la autoridad respondió a una agresión o porque no se probó quien fue el autor del disparo que causó la muerte del particular."

"El fallo recurrido, acoge la decisión del Tribunal Superior Militar, para denegar las pretensiones de la demanda y en lo pertinente pregona:

"Las sentencias penales absolvieron a los agentes de la Policía Nacional. La de primera instancia argumentando que obraron en defensa legítima por encontrar que los ocupantes del vehículo le dispararon al agente Cesáreo Ramírez con arma de fuego y lo pretendieron atropellar (folio 144 cuad. 2). Y la de segunda porque halló que ninguno de los implicados en la investigación causó la muerte (folio 152 cuad. 2)."

"Y en tales condiciones, siendo que el Juez Penal afirma que el hecho causante del perjuicio, no lo cometieron los sindicados o cometiéndolo obraron en cumplimiento de legítima defensa hay lugar a dar aplicación al art. 55 del Código Penal que dispone la imposibilidad de sancionar patrimonialmente."

La tesis expuesta por el Tribunal Administrativo en el fallo apelado, antepone equívocamente, la filosofía que inspira el artículo 55 del Código Penal a la orientación jurisprudencial de la Sala, mediante la cual la causal de exculpación aceptada en el campo penal no es admisible en el terreno de la responsabilidad estatal:

"Ambos fenómenos jurídicos se regulan por normas diferentes como quiera que la falla del servicio no es la del agente, sino la de la administración."

"La conducta antijurídica e irregular del agente de la policía se tradujo en una falla del servicio que compromete la responsabilidad de la administración e impone, en consecuencia, el resarcimiento de los perjuicios causados."

Para la Sala le asiste la razón al ministerio público, ya que resultaron probados plenamente los supuestos de la responsabilidad. Para ambos fiscales (el de primera y segunda instancia) quedó bien demostrado que a eso de la media noche del 23 de abril de 1987, dos uniformados de la policía nacional dispararon contra el vehículo conducido por el señor Juan José Gutiérrez Z, provocando la muerte del ciudadano José Astolfo León.

Muestra el acervo probatorio las circunstancias de tiempo, modo y lugar como se desarrollaron los hechos.

Sobre estas circunstancias juegan papel trascendental las declaraciones del señor Julio Vicente Marín y del conductor del vehículo, ya citado señor Juan José Gutiérrez Z.

La sala para valorar estos testimonios, que coinciden en lo fundamental con otros medios probatorios practicados tanto dentro de este proceso como

dentro del proceso penal, se remite a la transcripción hecha por la fiscalía de la corporación, que recoge la parte medular de sus declaraciones y que muestra con una gran claridad como se desarrollaron los hechos.

Se probó igualmente que durante la noche trágica los agentes C P Roldán Gutiérrez Carlos A. y AG Ramírez García Cesáreo prestaban el servicio de vigilancia en el lugar de los acontecimientos y que hicieron uso de sus armas de dotación contra el vehículo en marcha manejado por Gutiérrez Zamora.

Asimismo se puso en evidencia que los agentes mencionados estaban de servicio y que devolvieron sus armas al terminar el turno, pero no se dejó constancia del hecho de haber sido disparadas y si hubo o no devolución de cartuchos.

Fuera de la declaración de Gutiérrez y de Marín, aparecen en autos los testimonios de Cenén Rivera M, Arquímides Rivera M, Mario Gerardo Roatta Zota, Enrique Saavedra Bernal, los cuales coinciden en lo esencial con los dos primeros testimonios. Aunque algunos declararan de oídas su versión no colide con la de los presenciales.

Aunque esta sala tiene la certeza de que los agentes de la policía fueron los autores materiales de la muerte del señor José Astolfo León se separa de la apreciación hecha por las fiscalías de que dichos agentes dispararon sin causa o motivo alguno.

Pues no. Los testigos principales son contestes en afirmar que tan pronto salieron del Restaurante Chicamocha, el señor Astolfo León hizo tres o cuatro tiros al aire y que luego se dirigieron hacia el oriente por la calle 57 para hacer en la esquina un viraje en U y retornar por la misma vía al frente del restaurante.

Este hecho es bien significativo. Era media noche; el grupo de amigos estaban alicorados y viajaban en una misma camioneta; uno de ellos había disparado repetidas veces hacía poco y en lugar de irse del sector se devolvieron. Los vigilantes del lugar tenían que sospechar algo ante semejante conducta. Aunque la sala estima que hubo ligereza y precipitud por parte de éstos (aquí la falla) no desconoce la circunstancia anotada que fue la que motivó su reacción.

Se configura así plenamente la culpa de la víctima, pero no con nota de exclusividad. Si bien el hoy occiso fue imprudente en grado sumo (el país no está para esa clase de juegos de la guerra ni para chanzas macabras), los agentes actuaron en forma hipersensible y sin medir las consecuencias de su conducta. Disparar a un vehículo en movimiento, lleno de gente y cuando no se vislumbraba una agresión manifiesta, es operación de servicio que se sale

de los cánones ortodoxos y que compromete la responsabilidad del ente estatal que lo presta.

La culpa de la víctima, como lo ha dicho esta sala en forma reiterada sólo es causal de exculpación de la responsabilidad del ente demandado cuando sea exclusiva; vale decir, cuando el hecho dañoso se produce únicamente por el accionar de la propia víctima. En otras palabras, cuando esa culpa de la víctima sea de tal magnitud que pueda afirmarse que el hecho de la administración no tuvo causalidad en el resultado. O sea, que frente a la administración no existió relación causal entre su actividad (acción u omisión) y el perjuicio que se dice sufrió la persona que reclama la indemnización.

Y la culpa de la víctima que se puso en evidencia en el presente caso concurrió con la conducta precipitada y excesiva de los agentes del orden, en un grado que puede estimarse en un 50%. Lo que quiere decir que la condena para sus damnificados tendrá que reducirse en dicho porcentaje.

También permite inferir lo procedente que la sala no comparte la apreciación del *a-quo* en relación con los efectos de la sentencia penal en los procesos de responsabilidad estatal.

A título de pedagogía jurídica y judicial se transcribe en lo pertinente la jurisprudencia de la sala, porque es bastante esclarecedora del punto controvertido.

Así en sentencia de junio 28 de 1991 (Proceso # 6249 Ricardo A. Serna, ponente Carlos Betancur Jaramillo) se anotó:

> "1) Cuando un agente público, vbgr. un miembro de las fuerzas armadas, comete un delito de homicidio o de lesiones personales, compromete su responsabilidad personal y es juzgado con base en la normatividad penal. Pero esos hechos también pueden comprometer la responsabilidad administrativa del ente al cual pertenece el agente, cuando pongan de presente una falla en el servicio público, evento en el cual es otra la normatividad aplicable."
>
> "En tales circunstancias se observa entonces una doble imputación de normas jurídicas, así:
>
> a) Se aplica la normatividad penal a la conducta personal del agente y se le juzga penal con apoyo en las mismas; y b) El hecho del agente se subsume, en el proceso de reparación directa, dentro de la normatividad que regula la responsabilidad administrativa, porque ese hecho puede poner de presente también la falla en la que incurrió la administración. En síntesis, se aplican, en cada campo, las normas propias. Y esto permite entender, asimismo, porque no se maneja la prejudicialidad del

fallo criminal en lo administrativo. Hasta el punto que puede existir condena penal al agente, sin que por ese solo motivo se comprometa la responsabilidad administrativa por falla del servicio; como puede existir absolución penal y condena en el proceso administrativo.

"2) Es cierto que la jurisprudencia ha desarrollado el punto del valor de las sentencias penales y su incidencia en el proceso de responsabilidad administrativa. Pero ha sido clara y precisa a este respecto: El valor probatorio de esas sentencias se ha estudiado en aquellos asuntos *en los que la única prueba aportada para demostrar los hechos configurativos de la falla del servicio sea la copia de las mismas*. Porque, en caso contrario, o sea cuando además de la adjunción de esas copias se practicaron otras pruebas, trasladadas del proceso penal o no, puede resultar probada otra realidad coexistente, precisamente la que permite inferir que, además de la conducta delictiva ya juzgada e intocable, se configura una falla en el servicio de la administración; falla conocida doctrinariamente como falla del servicio del funcionario o agente."

"Si así no fuera, la perjudicialidad penal sería la regla y en todos los asuntos de reparación directa por el hecho delictuoso de un agente, habría que esperar el resultado del proceso penal."

"En tal sentido, entonces, siempre que en éste se aceptara una causal de exculpación, la legítima defensa, por ejemplo, habría que absolver a la entidad pública de la que forma parte el agente, como habría que condenarla siempre en el caso contrario. Lo que permitiría también aceptar una idea inadmisible, o sea la existencia de una misma normatividad para juzgar la conducta delictiva del agente, gobernada por las nociones de la culpa y el dolo, y la falla del servicio basada en falla o culpa anónima de la administración."

LOS PERJUICIOS

Pretenden los demandantes, Isabel Sánchez de León (cónyuge supérstite); Yissel y Luis Ricardo León Sánchez (hijos); y Teofilde León de R. (madre) y Celia Elsa, María Teofilde y Hermenegildo León y Ligia Middred Rubiano L (hermanos) que se les indemnice por la muerte del señor José Astolfo León, mediante el reconocimiento de perjuicios morales para todos los citados y de materiales para la cónyuge y su hija menor.

Frente a los morales, la sala reconocerá, con la reducción aludida, las siguientes sumas en gramos oro en su equivalencia en pesos: A la señora Isabel Sánchez Avila y a sus hijos Yissel y Luis Ricardo León Sánchez 500 gramos oro para cada uno. Igual suma para la madre del occiso Sra. Teofilde León de R.

Se sigue así la orientación de la sala en materia de estos perjuicios, la que presume su existencia por el solo hecho del parentesco.

Frente a los hermanos no habrá condena no se acreditaron las circunstancias que la misma jurisprudencia ha exigido para su reconocimiento.

En cuanto a los perjuicios materiales habrá condena en concreto a favor de la cónyuge y de su hija menor hasta que ésta llegue a su mayoridad. Liquidación que se hará con base en el salario mínimo, por cuanto no se acreditó ingreso mayor diferente. Así:

Salario Mínimo : $ 20.509.80 (1987) Decreto 3732 /86

Indices : Abril /87 = 70.22 Ind. i.

Mayo /92 = 243.87 Ind. f.

n= abril /87 a junio /92 = 5 años 2 meses = 62 meses

Isabel Sánchez Avila : nació Abril 20 /44

José Astolfo León (víctima) nació Noviembre 2/40

Yissel León Sánchez (Hija) ; nació Octubre 7/70

1.- Indemnización Debida o Consolidada:

a) Para Isabel Sánchez Avila (esposa):

$$Ra = 20509.80 \times \frac{243.87}{70.22}$$

Ra = 20509.80 x 3.472942181 = 71.229.35

Ingreso = $ 71.229.35 ; n = 62 meses

i = 0.004867

$$S = \frac{Ra\,(1 + i)^{n} - 1}{i} = \frac{71.229.35\ (1.004867)^{62} - 1}{0.004867}$$

$$S = 71.229.35 \times \frac{0.3512391}{0.004867} = \$\ 5.140.442$$

b) Para Yissel León Sánchez (Hija):

nació Octubre 7/70; Mayoridad : Octubre 7 /88

n = Abril /87 Octubre /88 = 1 año 5 meses = 17 meses

Ra = $ 71.229.35

i = 0.004867

$$S = \frac{71.229.35 \times (1.004867)^{17} - 1}{0.004867}$$

$$S = 71.229.35 \times \frac{0.0860403}{0.004867}$$

S = 71.229.35 x 17.67830285

S = $ 1.259.194.48

2.- Indemnización Futura

Para Isabel Sánchez Avila (esposa)

José Astolfo León (víctima) : nació Noviembre 2 /40

A la fecha del accidente tenía 36 años 6 meses

Vida probable = 37.13 años = 445.56 meses

n = 445.56 - 17 = 428.56

Ra = 71.229.35 ; i = 0.004867

$$S = \frac{Ra\ (1+i)^{n} - 1}{i\ (1+i)^{n}}$$

$$S = \frac{71.229.35\ (1.004867)^{428.56} - 1}{0.004867\ (1.004867)^{428.56}}$$

$$S = 71.229.35 \times \frac{7.0104115}{0.038986672}$$

S = 71.229.35 x 179.8155918

S = $ 12.808.148.00

RESUMEN:

a) Para Isabel Sánchez Avila (esposa)

Indemnización Debida $ 5.140.442

Indemnización Futura $ 12.808.148

$ 17.948.590

b) Para Yissel León Sánchez (Hija):

Indemnización Debida $ 1.259.194

Como la condena debe reducirse en un 50% quedará así:

a) Para Isabel Sánchez Avila $ 8.974.295

b) Para Yissel León Sánchez $ 629.597

Por lo expuesto, y de acuerdo con la Fiscalía, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Revócase la sentencia de 6 de diciembre de 1.991, dictada por el Tribunal administrativo de Cundinamarca.

En su lugar:

1) Declárase responsable a la Nación (Policía Nacional) de la muerte del señor José Astolfo León, el día 24 de abril de 1.987, en la ciudad de Bogotá.

2) Como consecuencia, se le condena a pagar, por concepto de perjuicios morales, las siguientes cantidades en su equivalencia en pesos:

A la señora Isabel Sánchez de León o Isabel Sánchez Avila; a Yissel y Luis Ricardo León Sánchez; y a Teofilde León de R. de a 500 gramos oro para cada uno. El valor del oro lo certificará el Banco de la República a la ejecutoria de este fallo.

3) Condénasele igualmente a pagar por concepto de perjuicios materiales, a favor de la señora Isabel Sánchez de León o Isabel Sánchez Avila, la suma de OCHO MILLONES NOVECIENTOS SETENTA Y CUATRO MIL DOSCIENTOS NOVENTA Y CINCO PESOS M/CTE ($ 8.974.295.oo) y a su hija Yissel León Sánchez, la suma de SEISCIENTOS VEINTINUEVE MIL QUINIENTOS NOVENTA Y SIETE PESOS M/CTE ($ 629.597.oo).

4) Deniéganse las demás súplicas.

5) Expídanse las copias correspondientes.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE.

Se deja constancia que esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en su sesión de fecha 25 de junio de 1992.

Daniel Suárez Hernández, Presidente Sala; *Carlos Betancur Jaramillo, Juan de Dios Montes Hernández, Julio César Uribe Acosta.*

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

NOTA DE RELATORIA: Se reitera, además, lo dicho sobre el punto en sentencia de junio 28 de 1991, Exp. 6249, Actor: RICARDO A. SERNA, Ponente: Dr. CARLOS BETANCUR JARAMILLO.

FALLA DEL SERVICIO DE REGISTRO PUBLICO

La falla del servicio se dio por la circunstancia de que "para un mismo predio se abrieron dos folios de matrícula en el nuevo sistema". En la práctica resultaron violados los principios que informan el derecho registral y que como bien lo destaca la doctrina, " son los orientadores fundamentales que informan la disciplina y dan las pautas en la solución de los problemas jurídicos planteados en el derecho positivo, a saber: a) El principio de la seguridad jurídica, b) El principio de la fe pública, c) El principio de la publicidad y d) El principio de la legalidad".

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera

Santafé de Bogotá, D.C., Julio nueve (9) de mil novecientos noventa y dos (1992)

Consejero Ponente : *Doctor Julio Cesar Uribe Acosta*

Referencia: Expediente N°. 3567 Actor : Pachón Larrota e Hijos Limitada. Demandado: La Nación - Ministerio de Justicia.

- I -

Agotada la tramitación procesal de ley, sin que se observe causal de nulidad que vicie la actuación, procede la Sala a desatar el conflicto de intereses surgido entre la firma demandante y LA NACION -MINISTERIO DE JUSTICIA, el cual se inició en virtud de demanda presentada el día nueve (9)

de Marzo de mil novecientos ochenta y dos (1.982), en la cual se precisa el siguiente "PETITUM".

"A) Declarar que la Nación es responsable por la falla en el servicio de registro de instrumentos públicos, en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá, al haber abierto para el registro de la tradición del lote No. 18 de la finca Ruidoms de esta ciudad, calle 104 # 47-51, dos folios de matrícula bajo los Nos. 050-0060293 y 050-0054584, apareciendo en el primero de dichos folios como poseedor inscrito del inmueble, y dueño el señor Pedro Serrá Pujols y en el segundo, Marcos Gil Pagés;

"B) Que en igual forma se declare que la Nación es responsable por la falla en el servicio de Instrumentos Públicos, en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá, al haber abierto para el registro de la tradición del lote # 19 de la finca Ruidoms de esta ciudad, Calle 104 # 47-51, dos folios de matrícula bajo los números 050-0060294 y 050-0054585, apareciendo en el primero de dichos folios como poseedor inscrito del inmueble, y dueño el señor Pedro Serrá Pujols y en el segundo, el señor Miguel Borja Plá;

"C) Que se declare que la comunidad formada por la Sociedad Pachón de Larrota e hijos Ltda, Rodrigo Restrepo Restrepo y Darío Ocampo Castaño, han sufrido perjuicios que deben ser reparados por la Nación, al adquirir con la fe debida a los certificados de tradición y registro expedido por la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá, de los folios de matrícula Nos.050-0060293 y 050-0060294 correspondientes a los lotes de terrenos Nos. 18 y 19 de la finca Ruidoms, del poseedor inscrito y propietario, señor Pedro Serrá Pujols, mediante escritura pública No. 1264 de 20 de septiembre de 1.978, otorgada en la Notaría 16 de Bogotá, al entrabársele con gestiones administrativas y judiciales, el goce pacífico y tranquilo del inmueble, por quien reclama derechos con los folios de matrícula Nos. 050-0054584 y 050-0054585, sobre los mismos lotes 18 y 19 citados;

"D) Condenar a la Nación a pagar a la comunidad formada por la sociedad Pachón de Larrota e Hijos Ltda, Rodrigo Restrepo Restrepo y Darío Ocampo Castaño, en un 80% para la sociedad y en un 10% para cada una de dichas personas naturales, por concepto de perjuicios ocasionados por la falla del servicio de registro de instrumentos públicos, a que se ha venido haciendo referencia, las siguientes sumas fijadas a la fecha de esta demanda y que deberán ser actualizadas en su valor, a la época probable del pago, así:

"1o.- Por concepto de la utilidad que habría logrado la comunidad al desarrollar el plan de construcción del conjunto comercial y habitacional

programado en el globo total de terreno, terminado y vendido en octubre de 1.981, la suma de CIENTO NOVENTA Y TRES MILLONES CUATROCIENTOS MIL PESOS M.C ($193.400.000.oo);

"2o.- Subsidiariamente a la petición marcada con la letra D), numeral 1o.), por concepto del lucro cesante de la suma pagada a buena cuenta del precio de compra de la totalidad del globo de terreno que fue de $14.051.353.50 que en cualquier otra inversión habría producido un rendimiento mensual del 3% y que ha permanecido inactiva. Es decir, por la suma de $421.540.60 (cuatrocientos veintiún mil quinientos cuarenta pesos con 60 centavos), mensual desde el día 20 de septiembre de 1.978 hasta cuando pueda desarrollarse el plan programado de construcción.

"3o.- Por el mayor valor en materiales y salarios que tendrá que sufragar la comunidad, sobre un promedio anual de aumento de dichos costos del 30%, y sobre un valor calculado a 18 de julio de 1.980, de $267.600.000.oo (doscientos sesenta y siete millones seiscientos mil pesos m.c.). Aumento por cada año transcurrido entre el citado 18 de julio de 1.980 hasta la fecha en que pueda realizarse el plan de construcciones programado,

"4.- Por la suma mensual de $ 15.000.oo correspondiente al valor de vigilancia y cuidado del lote, desde el día 20 de septiembre de 1.978 hasta cuando pueda darse curso al programa de construcción;

"5.- Gastos de estudios de factibilidad, estudios previos, diligencias y bocetos, cumplidos ante la Secretaría de Obras Públicas del Distrito, para iniciar el ante-proyecto, sufrados (sic) por la Comunidad en cuantía de $1.500.000.oo (un millón quinientos mil pesos m.c.);

"6o.- Gastos de abogado, peritos, notificaciones y demás que la comunidad ha tenido que pagar para defender el inmueble, dentro de los procesos ejecutivo con título hipotecario del Juzgado 17o. Civil del Circuito de Bogotá, promovido por Pedro Serrá Pujols, y el ordinario de Alfonso Escobar García, ante el Juzgado 25o. Civil del Circuito de Bogotá, la suma de CINCO MILLONES DE PESOS M.C. ($5.000.000.oo);

"7o.- Por el valor comercial de los lotes Nos. 18 y 19 de la finca Ruidoms, en el evento de que la comunidad tuviese que restituir la posesión, dentro del proceso ordinario de Alfonso Escobar García contra los comuneros, que cursa ante el Juzgado 25o. Civil del Circuito de Bogotá, fijando su precio a la época de la restitución;

"8o.- Por la suma en que se deprecie el globo total de terreno, como consecuencia de la restitución al señor Alfonso Escobar García de los referidos lotes 18 y 19, en el mismo evento de la petición ordinal D) numeral 7), inmediatamente anterior. (fls. 40-42, cuaderno principal).

La "CAUSA PRETENDI", se recoge a través de la siguiente literatura:

"1o.- Con el propósito de desarrollar un gran plan de construcciones habitacional y comercial, la sociedad Pachón de Larrota e Hijos Ltda., en un 80% y los señores, Rodrigo Restrepo Restrepo y Darío Ocampo Castaño, en un 10% cada uno de ellos, adquirió del señor Pedro Serrá Pujols, el derecho de dominio y posesión inscrita, sobre un globo de terreno con extensión superficiaria aproximada de 8.516.70 mts^2, y la posesión material del señor Hernando Pinilla Díaz, todo mediante escritura pública No. 1.264 de 20 de septiembre de 1.978, Notaría 16 de Bogotá.

"2o.- Como formando parte del globo total, existía un lote de propiedad del doctor Hernán Darío Acevedo, adquirió de este, por la misma escritura el derecho pleno de dominio y posesión (cláusula tercera de la escritura);

"3o.- La comunidad cumplió a través del arquitecto Dr. Guillermo Acuña, los estudios de factibilidad de éste lote y otro posible a comprar, así como la prospectación de un plan de vivienda y comercio, por lo cual pagó y reconoció al citado profesional, la suma de $1.500.000.oo;

"4o.- La comunidad formada por la sociedad Pachón de la Rotta e hijos Ltda., y a que me referiré en lo sucesivo con la simple denominada de "la comunidad", definido el plan a construir, y en razón de que conforme a la reglamentación Distrital si la Extensión es mayor en el terreno, puede desarrollarse un plan mayor, solicitó del Distrito el englobamiento de la totalidad de los lotes de terreno adquiridos, la cual le fue negada con fecha 15 de julio de 1.980, por algunas observaciones subsanables y por la de fondo, num.2o., "actualmente cursa en éste departamento la solicitud de referencia 870 de 1.980, por medio de la cual se solicita la aprobación del plano topográfico DE DOS PREDIOS SITUADOS DENTRO DEL GLOBO DE TERRENO PRESENTADO. ESTA SITUACION DEBE SER ACLARADA CONVENIENTEMENTE". Fue en éste momento en que la sociedad no pudo ya proseguir las diligencias, por cuanto un señor. Alfonso Escobar García, reclamaba derechos sobre los lotes 18 y 19 de la finca Ruidoms, "situado dentro del globo de terreno presentado", los que había adquirido la sociedad por compra al señor Pedro Serrá Pujols, mediante la escritura pública No. 1264 de 20 de septiembre de 1.978, Notaría 16o. de Bogotá. Hasta

ese momento nadie había impedido el goce pacífico y tranquilo de la comunidad en la totalidad del bien adquirido;

"5o.- La sociedad no pudo proseguir las diligencias para hacer la construcción programada y debió suspenderla de manera indefinida, mientras se decide por la justicia ordinaria, el mejor derecho sobre los referidos lotes 18 y 19; quedó así paralizada totalmente la inversión que en el precio de compra de los lotes había hecho la comunidad, y frustrada la utilidad que al desarrollar el plan de construcción habría logrado obtener, en cuantía de $193.400.000.oo;

"6o.- Posteriormente en el mes de marzo de 1.981, ante el Juzgado 25o. Civil de este circuito, el mismo señor Alfonso Escobar García, promovió una acción reivindicadora de los lotes, 18 y 19 de la finca Ruidoms, en contra de la comunidad que represento, e inscribió en la oficina de registro la demanda respectiva;

"7o.- La especial ubicación de los dos lotes, 18 y 19, que divide en su mitad el globo total de terreno, hace imposible el desarrollar el plan de construcción sobre los restantes lotes, que no tienen ningún obstáculo o traba legal, pero que necesita de la integración de dichos lotes, como única manera de utilizarlos en el programa prospectado;

"8o.- La sociedad se abstuvo de pagar al señor Pedro Serrá Pujols el saldo de precio garantizado con hipoteca, por valor de $1.248.900.oo, razón por la cual el referido vendedor promovió contra la comunidad una acción ejecutiva con título hipotecario, que cursa ante el Juzgado 17o. Civil del Circuito de Bogotá;

"9o.- En los dos procesos, el del Juzgado 17o. Civil del Circuito, y el 25 Civil del Circuito, numerales, 6 y 7, de los hechos de esta demanda, por concepto de honorarios de abogado, dada su trascendencia, gastos, peritos y demás, la comunidad ha tenido que sufragar gastos que hoy ascienden a $ 5.000.000.oo;

"10o.- Los costos de la construcción en materiales y salarios, impuestos, financiación y demás, estaban calculados para el 15 de julio de 1.980, en la suma de $267.600.000.oo. Estos costos tienen un aumento promedio anual del 30% de su valor, y en consecuencia se verá aumentado el precio de costo de la construcción de aquella época en que se tuvo que suspender la obra programada en un 30% por cada año que transcurra hasta la fecha en que pueda adelantarse ya resuelto el litigio del Juzgado 25o. Civil de este Circuito, promovido por el otro supuesto dueño, señor Alfonso Escobar García;

"11o.- Si el resultado del fallo en el proceso del Juzgado 25o. Civil del Circuito, reivindicatorio, fuese adverso a la comunidad, su pérdida

deterioraría el resto del inmueble, ante la imposibilidad ya de destinarlo al gran plan de construcción, anunciando en el mismo lote, desde el momento de su adquisición, para tener que dejar calles, hacer obras de urbanismo, zonas verdes y demás, así como simples construcciones de dos plantas, dado el fraccionamiento del inmueble. En el momento no puede calcularse el monto de este perjuicio, y simplemente se solicita se fije en el momento de la restitución si a éllo hubiese lugar;

"12o.- La comunidad persevera en la defensa del inmueble. Alega y alegará, haciendo valer su buena fe cualificada, pero tiene el temor de las resultas del proceso, por lo cual desde ahora reclama o que se deje a salvo el derecho en el evento de la evicción, para una posterior reclamación;

"13o.- Al adquirir la comunidad la totalidad del globo de terreno, solicitó y le fueron entregados los certificados de tradición y registro de todos dichos inmuebles, que tenían matrícula separada. Al efecto se le entregó un certificado seguido con el No. 050-0060293 referente al lote # 18, y el certificado No. 050-0060294, referente al lote # 19. En ellos constaba que el poseedor inscrito de los mismos, al igual que todos los demás que se adquirían, y su último propietario inscrito, era el señor Pedro Serrá Pujols, el vendedor;

"14o.- Pero referente al mismo lote 18 y el 19, se habían abierto los folios de matrícula Nos. 050-0054584 y 050-0054585, en su orden respectivamente, y en los cuales constaba que el señor Guillermo Ferré Amigó había transferido el primero de dichos lotes, el 18, al señor Marcos Gil Pagés, mediante escritura pública No. 121 de 13 de Enero de 1.953, Notaría 4a. de Bogotá; y el 19 al señor Miguel Borja Plá, mediante escritura pública No. 738 de 16 de febrero de 1.953, Notaría 4a. de Bogotá. De esta enajenaciones no se tomó nota, ni figuran en los folios reales, sobre los mismos predios, Nos. 050-0060293 y 050-0060294, en que aparece una tradición distinta y como dueño, el señor Pedro Serrá Pujols;

"15o.- De haber habido un solo folio real, para los lotes 18 y 19, y no dos como se ha explicado, no habría adquirido la comunidad el globo total, pues el interés era precisamente y esa la razón para comprar también la posesión a Hernando Pinilla y el derecho a Hernán Darío Acevedo; de integrar una extensión continua y total, que hiciera posible el plan de construcción anunciado como aparece en la fotografías que se acompañan.

"16o.- La comunidad se ha tenido que limitar a encerrar el lote y pagar una celaduría con un costo mensual de $ 15.000.oo; sin reportar beneficio alguna de tal valiosa inversión.-

"17o.- La comunidad tuvo conocimiento de que su derecho era disputado, y fue perturbada en la posesión y en el plan que venía preparando, cuando el día 15 de agosto de 1.980, la Secretaría de Obras Públicas, negó el englobamiento por existir otro englobamiento de los lotes 18 y 19, pedidos por el señor Escobar García". (fls. 42-44, Cuaderno Principal).-

- II -

ALEGATO PRESENTADO POR EL APODERADO DE LA PARTE ACTORA

Dentro del término de ley el procurador judicial de la parte demandante presentó el escrito que obra a folios 63 y siguientes del cuaderno Nro. 1, en el cual hace sus valoraciones de naturaleza jurídica y fáctica, orientada a defender la perspectiva desde la cual él ha estudiado el caso, para lo cual discurre, en lo pertinente, dentro del siguiente universo;

Origen de este proceso y de la acción incoada.-

"La sociedad Pachón Larrota e hijos Ltda., adquirió de los señores, Pedro Serrá Pujols, como dueño inscrito un grupo de lotes de terreno, situados en esta ciudad, calle 104 # 47-51, entre otros, dos de ellos, distinguidos con los Nos. 18 y 19, de la finca llamada Ruidoms.

La posesión la adquirieron de quien la detentaba, señor Hernando Pinilla. Y como uno de dichos lotes, el No. 14, pertenecía al señor Hernán Darío Acevedo, cláusula 3a. de la escritura, lo adquirió de éste.

Así integró un sólo globo de terreno, 13 lotes, que formaron una unidad y que en la misma escritura, 1.264 de 20 de septiembre de 1.978, Notaría 16 de Bogotá, cláusula 4a. fueron englobados.

La pluralidad y la unidad de los lotes tenía como único fin levantar en ellos, un conjunto comercial y residencial.

Al solicitar el englobamiento de los 13 lotes, ante Planeación Distrital, rechazó la solicitud por algunas observaciones todas subsanables (verse experticio de arquitectos), menos la 2a. que decía:

"Actualmente cursa en este departamento la solicitud de referencia 870 de 1.980, por medio de la cual se solicita la aprobación del plan topográfico *DE DOS PREDIOS SITUADOS DENTRO DEL GLOBO DE TERRENO PRESENTADO. ESTA SITUACION DEBE SER ACLARADA CONVENIENTMENTE*". (memorandum de 15 de julio de 1980 (cuaderno # 1, folio 4).

"Luego el señor Alfonso Escobar García, promovió ante el Juzgado 25o. Civil de este circuito un proceso ordinario reivindicatorio, de los lotes 18 y 19, de los que alegaba ser dueño y que había adquirido la sociedad que representó, de los señores Serrá Pujols y Pinilla, mediante la citada escritura pública No. 1264 de 20 de septiembre de 1.978, Notaría 16o. de Bogotá (demanda visible a folio 20 cuaderno # 1).

Existencia de dos folios de matrícula para cada uno de los lotes 18 y 19.-

Mis representantes al adquirir el lote total, comprendiendo los Nos. 18 y 19, tuvieron a la vista los folios de matrícula inmobiliaria expedidos por la Oficina de Registro de Bogotá, distinguidos en su orden con los Nos. 0500060293 para el # 18, y 0500060294, para el No. 19 (folios 101 y 102).

En dichos folios aparecía como dueño de tales lotes, el señor Pedro Serrá Pujols por adjudicación en la sucesión de la señora María del Carmen Ferré de Serrá, quien a su vez lo hubo por adjudicación, sentencia de noviembre 14 de 1.957, en la sucesión del señor Guillermo Ferré Amigó.

Una tradición continua, sin interrupción, sucesiva y ajustada a la Ley, por mas de 20 años.

"Por su parte, el demandante, señor Alfonso Escobar García, y quien había solicitado en Planeación Distrital el englobamiento de los lotes 18 y 19, razón por la cual, conforme al memorandum no se accedió a hacer el englobamiento pedido por Pachón Larrota e Hijos Ltda., exhibió el folio de matrícula No. 050-0054584, visible a folio 104, referente al lote # 18, en el cual aparecía que Guillermo Ferré A., había vendido mediante escritura pública No. 121 de enero 13 de 1953 el lote # 18 de la Finca Ruidoms, calle 104 # 47-51 al señor Marcos Gil Pagés, y éste, mediante apoderado por escritura pública No. 2178 de 8 de mayo de 1.980, Notaría 6a. de Bogotá, lo había enajenado al demandante Alfonso Escobar García.

"Igualmente, el mismo Escobar García, presentó y ha querido hacer valer, el folio de matrícula inmobiliaria No. 050-0054585 que contiene la relación jurídica del lote # 19, de la finca Ruidoms, calle 104 # 47-51 de esta ciudad, en el cual consta que Guillermo Ferré A., mediante escritura pública No. 738 de 16 de febrero de 1.953 de la Notaría 4a. de Bogotá, vendió el lote # 19 al señor Miguel Borja Plá. Y éste por apoderado, y mediante escritura pública No. 2178 de 8 de mayo de 1.980 enajenó dicho lote, al actor, señor Alfonso Escobar García.

"La demanda.-

"Al no poderse englobar todos los 13 lotes, conforme lo necesitaba y había pedido la sociedad Pachón Larrota e hijos Ltda., ésta no pudo proseguir su plan para adelantar el conjunto residencial y comercial, programado.

Lo que le ocasionó perjuicios de inactividad del capital; de no poder obtener la utilidad que la construcción le habría producido; de los trabajos preliminares de factibilidad y localización del lote, y los honorarios de los dos procesos, uno hipotecario saldo del precio de venta que con sobrada razón no quiso pagar Pachón Larrota e Hijos, pues el bien transferido se encontraba en litigio, y el proceso ordinario del señor Escobar García, quien pretendía dominio sobre (sic) y promovió acción reivindicatoria ante el Juzgado 25o. Civil del Circuito de Bogotá.

En síntesis, es éste el origen del proceso y el fundamento de los perjuicios reclamados.

"*Los hechos probados.-*

"Aparecen plenamente demostrados en este proceso, los siguientes hechos:

"A) Que la sociedad Pachón Larrota e hijos Ltda., celebró promesa de compraventa de 13 lotes, incluyendo los Nos. 18 y 19, con el señor Pedro Serrá Pujols. En dicha promesa y cumpliendo la debida diligencia, exigió que "a mas tardar el día 16 de agosto en curso, los Prometientes Vendedores ENTREGARAN AL PROMETIENTE COMPRADOR, los certificados de tradición y registro de todos los inmuebles prometidos DE FECHA RECIENTE Y QUE COMPRENDAN UN PERIODO DE 20 AÑOS Y EN EL QUE CONSTE UNA TITULACION SUCESIVA POR TAL PERIODO". (folio 321 vto);

"B) Que en cumplimiento de dicha obligación y para seguridad de la Sociedad Compradora, los Prometientes Vendedores entregarán a la prometiente compradora, entre otros, los certificados visibles a folios 301, el No. 18, y a folio 302, el No. 19, expedidos con fechas 5 de julio de 1.978. En ellos consta que el propietario inscrito de ambos lotes, es el señor Pedro Serrá Pujols;

"C) Que en cumplimiento de la citada promesa de compraventa se extendió la escritura pública No. 1264 de 20 de septiembre de 1.978, Notaría 16 de Bogotá, folio 334, mediante la cual Serrá Pujols vendió a Pachón Larrota e hijos Ltda., el derecho de dominio de varios lotes,

entre ellos, los Nos. 18 y 19. Dicha escritura fue registrada como aparece de los folios 101 y 102 del cuaderno principal;

"D) Que para adelantar planos y demás, a fin de llevar a cabo la construcción, la sociedad Pachón Larrota e Hijos, pidió el englobamiento de los 13 lotes, y le fue negada mediante memorandum de 15 de julio de 1980 (fl. 4 cuaderno # 1);

"E) Que en dichos lotes se iba a adelantar una construcción comercial y multifamiliar (declaraciones de los Dres. Roberto Colins y Guillermo Acuña, inspección judicial);

"F) Que de haberse hecho la construcción, la sociedad Pachón Larrota e hijos Ltda., hubiera obtenido una utilidad a enero de 1.983, de $70.223.288.oo, y que la desvalorización de la moneda se estima en un 2% mensual (dictamen peritos arquitectos fls.327);

"G) Que la sociedad Pachón Larrota e hijos tuvo que afrontar dos procesos, uno hipotecario del vendedor ante el Juzgado 17o. Civil del Circuito y un ordinario del reivindicante, señor Alfonso Escobar García (fls. 20 y 276).-

"H) Que los peritos abogados, folio 261, estimaron los gastos de los dos procesos referidos, cada uno en $450.000.00. y los honorarios del arquitecto, Acuña Téllez del trabajo de factibilidad, fue estimado por los peritos arquitectos, folio 304).

"*La falla en el servicio ocurrida en la Oficina de Registro de Bogotá.*

"El artículo 1o. del Decreto 1250 de 1.970, estableció "el registro de instrumentos públicos ES UN SERVICIO DEL ESTADO y se prestará por funcionarios públicos".

"Como servicio del Estado debe ser eficiente, y cumplir su finalidad señalada por la Constitución, art.16 y por la Ley.

El artículo 82 del decreto en mención, fija la finalidad del folio de matrícula, en el sentido de que ella, "se ajustará a los dispuesto en esa ordenación, DE MANERA QUE AQUELLA EXHIBA EN TODO MOMENTO EL ESTADO JURIDICO DEL RESPECTIVO BIEN".

Y el artículo 49 del mismo Decreto, había establecido que cada "folio de matrícula inmobiliaria corresponderá a una UNIDAD CATASTRAL Y A ELLA SE REFERIRAN LAS INSCRIPCIONES A QUE HAYA LUGAR".

Así, un predio, sólo puede tener un folio de matrícula por constituir una unidad catastral, y porque sólo de esta manera, es posible que dicho folio "exhiba en todo momento el estado jurídico del respectivo bien" (art. 82).

Ocurre y se ha demostrado en este proceso, que constituyendo una unidad catastral, cada uno de los lotes 18 y 19, de la calle 104 # 47-51, cada uno de ellos, tiene dos folios en forma tal, que en uno aparece como dueño el señor Pedro Serrá Pujols por adjudicación que se le hiciera en la sucesión de la señora María del Carmen Ferré, y esta su vez (Sic) por adjudicación en la sucesión de Guillermo Ferré Amigó. Mientras que en los folios de matrícula, referentes a los mismos lotes, 18 y 19 de la finca Ruidoms, calle 104 # 47-51, los distinguidos con los Nos. de matrícula 0500054584 y 0500054585, Ferré Amigó aparece vendiendo a Marco Gil Pages y a Miguel Borja Plá, en su orden, los mismos lotes 18 y 19, que luego fueron adjudicados a María del Carmen Ferré de cuya adjudicación no se tuvo en cuenta, al formar los folios 54584 y 54585.

Si no se hubieran abierto los folios 0060293 y 0060294 de los mismos lotes 18 y 19 para registrar las adjudicaciones a Pedro Serrá en la sucesión de Carmen Ferré, mis representados o no habría adquirido el inmueble, o como hicieron con Hernán Darío Acevedo, hubiesen entrado en negociaciones con los legítimos dueños y se habrían librado de soportar el estado de inactividad en que se encuentran.-

"*Como se llegó a la falla del servicio.-*

"Se ha demostrado que hubo una falla en servicio en la oficina de registro desde el momento en que para un mismo predio se abrieron los dos folios de matrícula en el nuevo sistema. Y que violó la ley, que estableció como finalidad del folio de matrícula "que éste exhiba en TODO MOMENTO EL ESTADO JURIDICO DEL RESPECTIVO BIEN" (art. 82 del Decreto 1250 de 1.970).

"La causa de la falla del servicio fue, como puede apreciarse a folio 22 del cuaderno de prueba de comisión practicada por el H. Tribunal y a folio 24, del mismo cuaderno, que en dicho folio de matrícula y tradición de los lotes 18 y 19, no se dejó al elaborar los folios 60294 y 60295. Si allí se hubiese dejado la constancia de que se había integrado al nuevo sistema con los folios 54584 y 85, nunca jamás, se hubieran elaborado los que se entregaron a mi representado.

"Y luego como lo anotan los expertos abogados a folio 264, en que la oficina de registro apesar de que tenía como nomenclatura de ambos lotes, 18 y 19, calle 104 # 47-51 (verse folios del cuaderno de comisión, 77) y que en la escritura de venta a Marco Gil Pages, se repitió la

misma dirección calle 104 # 47-51. La oficina de registro "varió la nomenclatura".

"Estos son errores que llevaron a causar la falla en el servicio y daño, irreparable a mi representado". (fls. 63-67, C.l).-

- III -

VISTA FISCAL

La Fiscal Segunda de la Corporación, Dra. EDNE COHEN DAZA, en su concepto de fondo, hace las siguientes

CONSIDERACIONES:

"Analizadas las pruebas que conforman el acervo probatorio del plenario, se encuentra a los folios 120 y ss. del C 1, fotocopia auténtica de la partición del juicio de sucesión de Guillermo Ferré Amigó fallecido el 24 de Enero de 1955, protocolizado mediante escritura pública No. 2820 de Mayo 21 de 1958 en la cual figura la hijuela tercera a favor de la única heredera María del Carmen Ferré Morró a quien se la adjudican 10 lotes de terreno y 3 zonas destinadas a calles ubicadas en la ciudad de Bogotá que hacen parte de la finca denominada Ruidoms distinguida con la nomenclatura 47-51 de la calle 104. Hacen parte del terreno adjudicado los lotes Nos. 18 y 19 del plano protocolizado en la escritura pública 5244 de 30 de octubre de 1952 de la Notaría 4 de Bogotá. El 13 de diciembre de 1957 se registró en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados la partición y sentencia aprobatoria del juicio de sucesión en el tomo 100 libro 2.

"María del Carmen Ferré contrajo matrimonio con Pedro Serrá Pujols, a quien a la muerte de su cónyuge le correspondió a título de porción conyugal, entre otros bienes, los lotes 18 y 19 de la calle 104 dentro del juicio de sucesión y partición aprobada por el Juez 17 Civil del Cto. de Bogotá registrada el 15 de noviembre de 1976; de esta manera el señor Serrá Pujols adquirió el título de propiedad sobre los lotes que posteriormente vendió a la firma Larrota e hijos Ltda.

"Practicada la diligencia de inspección judicial ordenada dentro del presente proceso que obra a los folios 199 y ss. C-2, se pudo establecer que respecto de los mismos lotes aparecen otros registros de venta así: Libro I tomo G de 1954 registro de la escritura pública No. 738 del 16 de febrero de 1953 de la Notaría 4 de Bogotá correspondiente a la compraventa de Guillermo Ferré a Miguel Borja del lote de terreno perteneciente a la finca Ruidoms marcado con el No. 19 registrada el 14 de junio de 1962.

"Libro I página 374 No. 7185B registro de la escritura pública No. 121 del 13 de enero de 1953 Notaría 4 de Bogotá correspondiente a la venta que hace Guillermo Ferré a Marcos Gil Pagés del lote de terreno que hace parte de uno de mayor extensión denominado Ruidoms marcado con el No. 18 registrada el 14 de junio de 1962.

"Lo anterior demuestra que el señor Guillermo Ferré Amigó propietario de los lotes 18 y 19 pertenecientes a un globo de tierra de mayor extensión denominado Ruidoms, vendió estos inmuebles en 1953 y 1954 pero las escrituras no fueron registradas sino hasta el año de 1962. Cuando el señor Guillermo Ferré falleció en el año de 1955 al no estar registradas las ventas de los lotes, éstos entraron a formar parte de la masa sucesoral y fue así como fueron adjudicados a su única heredera la señorita María del Carmen Ferré y posteriormente pasaron por sucesión a su esposo Pedro Serrá Pujols.

"Como partición y sentencia aprobatoria del juicio de sucesión del señor Ferré Amigó se registró en el año de 1957 y en ella estaban incluidos los lotes 18 y 19, al presentarse las escrituras públicas de las ventas realizadas en el año 1953 para ser registradas en el año de 1962, la Oficina de Registro ha debido abstenerse de hacerlo, por cuanto existía un registro anterior sobre el mismo inmueble. Este registro del año de 1962 fue el origen de todo el problema que aquí se debate por cuanto dio lugar a dos títulos de propiedad debidamente registrados y por lo tanto válidos ante terceros, toda vez que al sentarse el registro se les asignaron radicaciones diferentes y así continuaron los títulos y los titulares haciendo negociaciones sobre ellos como lo demuestran los certificados de libertad que obran a los folios 104, 102, 101 C-2, en los cuales se observa que los certificados 050-0060293 y 050-0060294 se iniciaron con la sentencia de adjudicación de Guillermo Ferré Amigó a María del Carmen Ferré en el año de 1957 y los certificados 050-00554585 y 050-005484 se iniciaron con el registro en 1962 de las escrituras públicas 738 de 1954 y 121 de 1953 respectivamente.

"Quedó establecido de esta manera que efectivamente la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados, sentó doble registro sobre un mismo inmueble incurriendo así en una falla del servicio que ocasionó graves perjuicios a los demandantes en el presente proceso, toda vez que de igual manera se demostró la compra de buena fe que realizó la firma Larrota e hijos Ltda. sobre los lotes en comento para la realización de un plan habitacional y comercial y la imposibilidad a que se vio avocada por la perturbación del uso pacífico como consecuencia de la reclamación justificada que le hace quien también demostró título inscrito sobre los inmuebles.

"Por las anteriores consideraciones, esta Fiscalía considera que se debe declarar la responsabilidad civil de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados de Bogotá y en consecuencia condenarla al pago de los perjuicios ocasionados a la firma Larrota e hijos Ltda. consistentes en el valor del lucro cesante y daño emergente por el tiempo que demore en realizar el plan de construcción". (fls. 72-74, cuaderno 1.).-

- IV -

CONSIDERACIONES DE LA SALA

A) En el caso *sub-exámine*, la Sala encuentra debidamente demostrada la falla del servicio. Para llegar a esta verdad jurídica valora, en todo su universo, el dictamen parcial rendido por los Señores CIRO ALFONSO RUIZ GONZALEZ y JOSE VICENTE RODRIGUEZ R, (C 1, fol. 261), quienes con apoyo en los documentos exhibidos en la diligencia de Inspección Judicial que se inició el día veintisiete (27) de Abril de mil novecientos ochenta y tres (1983) (C 1, fol 199), discurren, en lo pertinente, dentro del siguiente temperamento:

"I.- Dice el primer punto del cuestionario: "4o.- Si el tomarse nota en los referidos folios de matrícula antes relacionado (sic) habría advertido la Oficina de Registro la existencia de un folio anterior, lo que habría impedido que se elaboraran los folios 0500060293 y 0500060294;"

"Del análisis de los documentos exhibidos durante la diligencia de Inspección Judicial resultan varias consideraciones que estimamos importantes de resaltar:

"*LOTE No. 18*

"A) En el Libro de Matrícula No. 536, a página No. 211 aparece matriculado el lote de terreno No. 18 de la finca denominada "Ruidoms", No. 47-51 de la calle 104 de Bogotá y se lee que se adjudicó a Doña María del Carmen Ferré Morro dentro del proceso de sucesión del señor Guillermo Ferré Amigó según sentencia de noviembre 14 de 1957 proferida por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Bogotá. Esta anotación en el libro se verificó el día 9 de Diciembre de 1.957. El folio de matrícula a que nos venimos refiriendo fue abierto durante la vigencia de la Ley 40 de 1932. Con la expedición del Decreto Ley 1250 de 1970, que empezó a tener su desarrollo a partir del año de 1972, a medida en que se solicitaba un Certificado de Libertad y Tradición de un inmueble se procedía a abrir el correspondiente Folio Real de Matrícula Inmobiliaria, trasladando a éste la historia completa, a veinte (20) años, que debía reposar en el Libro de Matrículas.

"Para el Lote No. 18 se encuentra que en el nuevo sistema le correspondió la matrícula No. 050-0060293 y que el Folio fue abierto el día 16 de

Junio de 1972. En este Folio se observa que se trata del Lote No. 18, distinguido con el número 47-51 de la calle 104 de Bogotá.

"A-1) Con relación al mismo lote de terreno No. 18 que aparece matriculado en el Folio REAL de Matricula Inmobiliaria No. 050-0054584 debe indicarse que fue abierto el día 6 de Junio de 1972 y en él aparece como primera anotación la compraventa de Guillermo Ferré Amigó al señor Marcos Gil Pages, de conformidad con la Escritura Pública No. 121 del 13 de Enero de 1953, otorgada en la Notaría Cuarta de Bogotá. Cabe obsevar que la Escritura en mención sólo fue registrada el día 14 de Junio de 1962. Se dá la constancia que en este Folio Real de Matrícula aparece que al Lote No. 18 le corresponde el número 46-41 de la Calle 99A.

"*LOTE No. 19*

"B) Sobre el lote de terreno distinguido con el No. 19 que hace parte de la misma finca "Ruidoms" se destaca que en el Libro de Matrículas No. 536, a página No. 212 aparece que corresponde al número 47-51 de la calle 104 de Bogotá y allí se indica que fue adquirido por la señora María del Carmen Ferré Amigó, mediante adjudicación dentro del proceso sucesorio de Guillermo Ferré Amigó, por sentencia del Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Bogotá, fechada el 14 de Noviembre de 1957. La anotación en e libro se efectuó el día 9 de Diciembre de 1957. El Folio Real de Matrícula Inmobiliaria No. 050-0060294 que corresponde a este inmueble No. 19 fue abierto el día 16 de Junio de 1972 y como dirección se anotó el número 47-51 de la calle 104 de Bogotá.

"B.1.) El día 5 de junio de 1972 se abrió el Folio Real de Matrícula Inmobiliaria No. 050-0054585, correspondiente al Lote No. 19 de la finca "Ruidoms". En él aparece como primera inscripción la venta que hizo Guillermo Ferré Amigó a Miguel Borja Plá, mediante Escritura Pública No. 738 del 16 de febrero de 1953, otorgada en la Notaría Cuarta de Bogotá, documento que fue registrado el día 11 de Diciembre de 1954. En este folio aparece como dirección el número 47-51 de la calle 104 y en el lugar donde dice "Nombre" aparece el número 46-40 de la calle 98A.

"*Conclusiones*:

"A) Con respecto al lote de terreno No. 18 conceptuamos que es posible que la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá, al elaborar el Folio Real de Matrícula Inmobiliaria No. 050-0060293 no advirtiera que ya se había elaborado el Folio de Matrícula No. 050-0054584, toda vez que correspondía a nomenclaturas distintas. Se observa que la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá, al abrir el

Folio Real de Matrícula No. 050-0054584, varió la dirección que del inmueble figura en la Escritura Pública No. 121 del 13 de Enero de 1953,. otorgada en la Notaría Cuarta de Bogotá, como se desprende de la fotocopia que obra a folio 34 de la diligencia de Inspección Judicial.

"B) Con respecto al lote de terreno No. 19 conceptuamos que es también posible que la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá al elaborar el Folio Real de Matrícula No. 050-0060294 no advirtiera que ya se había elaborado el Folio Real de Matrícula No. 050-0054585, por cuanto al volcar la tradición que figuraba en libros bajo el viejo sistema al nuevo sistema de folios reales, para el folio No. 050-0054585 colocó doble nomenclatura, una con el número 46-40 de la calle 98A y otra con el número 47-51 de la calle 104. Se observa que a folio 81 de la diligencia de Inspección Judicial se encuentra fotocopia de la Matrícula del lote No. 19 que contiene la venta de Guillermo Ferré Amigó a Miguel Borja Plá y allí se expresa que la dirección del lote es el número 47-51 de la calle 104.

"II.- Dice el segundo punto del cuestionario: "5o.- si hubo omisión por parte de la Oficina de Registro de Bogotá, al dejar de anotar en los folios 0500060293 y 0500060294, las enajenaciones hechas por Guillermo Ferré Amigó, mediante Escritura Pública No. 738 del 6 de febrero de 1953, Notaría 4a. de Bogotá,y 2 del 13 de enero de 1953, de la misma Notaría 4a. de Bogotá;"

"La respuesta a esta pregunta se formula de la siguiente manera:

"*LOTE No. 18*

"A.) Para el lote de terreno No. 18 encontramos que la primera anotación en el Libro de Matrículas se realizó el día 9 de Diciembre de 1957, nomenclatura calle 104 No. 47-51, adjudicación secesión de Guillermo Ferré Amigó y se abrió un segundo folio de matrícula para el mismo lote de terreno No. 18 el día 14 de Junio de 1962, con la misma dirección calle 104 No. 47-51, venta de Guillermo Ferré Amigó a Marcos Gil Pages. Como quedó visto en el desarrollo del punto anterior, la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá, al elaborar el Folio Real de Matrícula No. 050-0054584 que se inició con la venta a que atrás nos referimos, varió la nomenclatura.

"LOTE No. 19

"B) Para el lote de terreno No. 19 encontramos que la primera anotación en el Libro de Matrículas se realizó el día 11 de Diciembre de 1954, nomenclatura calle 104 No. 47-51, venta de Guillermo Ferré Amigó a Miguel Borja Plá (Folio 81 Inspección Judicial) y la segunda anotación o nuevo folio de matrícula de realizó el 9 de Diciembre de 1957,

nomenclatura calle 104 No. 47-51, adjudicación sucesión Guillermo Ferré Amigó.

"*Conclusión*:

"A.) Para el lote No. 18 consideramos que el hecho de la existencia de un doble folio de matrícula vendría a constituir un error o una falla de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá, al no verificar la existencia de un título traslaticio de dominio anterior como lo fue la adjudicación que se hizo en el sucesorio de Guillermo Ferré Amigó.

"B) Para el lote No. 19 consideramos igualmente que el hecho de la existencia de un doble folio de matrícula vendría a constituir también un error o una falla de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá, al no verificar que ya existía registrado un título traslaticio de dominio". (Folios 261-264, C.2.).

Dentro del marco anterior no hay espacio para la duda que impida concluir que la falla del servicio se dio, como lo destaca muy bien el apoderado judicial de la parte actora, en su alegato de conclusión, por la circunstancia de que: "...para un mismo predio se abrieron dos folios de matrícula en el nuevo sistema... La causa de la falla del servicio fue, como puede apreciarse a folio 22 del cuaderno de prueba de comisión practicada por el H. Tribunal y a folio 24, del mismo cuaderno, que en dicho folio de matrícula y tradición de los lotes 18 y 19 no se dejó, al elaborar los folios 54584 y 54585, la constancia que sí se puso, cuando fueron elaborados los folios 60294 y 60295. Si allí se hubiese dejado la constancia de que se había integrado al nuevo sistema con los folios 54584 y 85, nunca jamás, se hubieran elaborado los que se entregaron a mi representado.

Y luego, como lo anotan los expertos abogados a folio 264, en que la oficina de registro apesar de que tenía como nomenclatura de ambos lotes, 18 y 19, calle 104 No. 47-51 (verse folio del cuaderno de comisión, 77) y que en la escritura de venta a Marco Gil Pages, se repitió la misma dirección calle 104 No. 47-51, la oficina de registro "varió la nomenclatura".

B) Las irregularidades anotadas dieron lugar a que en la práctica resultaran violados los principios que informan el derecho registral y que como bien lo destaca el jurista Fernando Fueyo Laniere, "son los orientadores fundamentales que informan la disciplina y dan las pautas en la solución de los problemas jurídicos planteados en el derecho positivo", a saber: a) el Principio de la Seguridad Jurídica, b) El principio de la fe pública, c) El principio de la publicidad y d) El principio de la legalidad.

Al discurrir sobre el temperamento que cada uno de ellos tiene el Dr. Eduardo Caicedo Escobar enseña:

"Según el principio de la seguridad pública, la autoridad pública o privada crea un determinado registro tendiente a ofrecer y garantizar seguridad jurídica. En él nace, se transforma o se extinguen derechos, obligaciones y aún las expectativas de los interesados y de terceros quienes encontrarán en el registro de su derecho, acción expectativa y en general su fundamento jurídico. Pero la seguridad jurídica está centrada en dos aspectos, el de la autoridad creadora del registro en cuanto que éste refleje la real situación que pretendieron las partes, la conservación del material de éstos y la del usuario del servicio que tiene la seguridad de encontrar en él cuanto concierne a su interés. Ello se sintetiza en ofrecer y tener confianza en el registro y en lo que él representa con lo cual se transmite, tranquilidad y certeza al individuo y a la colectividad.

"A pesar de que el principio de la fe pública, está íntimamente ligado a la función notarial, existe también una fe pública registral definida como: "La seguridad absoluta dada a todo aquel que contrata, amparado en el registro, de tener garantizados sus derechos. Este principio ampara al tercer adquiriente de derechos basados en el registro". "La fe pública registral es un valor jurídico que produce ciertos efectos de derecho, en concreto, respecto de zonas de actuación y de personas determinadas".

(4). Desde el punto de vista semántico fe: "es la creencia que se da a las cosas por la autoridad del que las dice o por la fama, pública quiere decir del conocimiento de todos. Es como un estado de convicción colectiva generalizada".

"El principio de la publicidad en el registro, da a conocer, informa, divulga, satisface necesidades. Por este principio el registro tiene la prerrogativa de dar a conocer actual o eventualmente la información inscrita y favorecen no solo al titular de la inscripción sino a quienes derivan algún derecho de éste y a terceros extraños.

"El principio de la legalidad conlleva la calificación o examen del título, acto, contrato, hecho u operación sometida a registro, de cuyo estudio se decide si se acepta, suspende o rechaza la inscripción. Este principio implica el someter a normas de derecho al registrador, al título por inscribirse y al acto de registro (5).

La Sala destaca, en esta oportunidad la gravedad de la situación que se viene presentando en algunas oficinas de registro que, ora por negligencia, ora por ignorancia, ora por la realización de conductas que pueden encuadrarse en el Código Penal, desnaturalizan el registro, que ya no ofrece confianza en lo que él representa, convirtiéndose así en una fuente mas de perturbación de la tranquilidad ciudadana. Por ello se impone la adopción de una política fuerte y seria orientada a hacerle frente a la situación irregular que se deja comentada. Así las cosas, se ordenará que copia de esta sentencia se envíe a

la Procuraduría General de la Nación para que se investigue lo ocurrido en el caso en comento, y para que se tomen las medidas que la situación amerite.

C) Por lo que hace relación con el universo que tienen las pretensiones, las enlistadas bajo los numerales primero (1o.), tercero (3o.), cuarto (4o.), y quinto (5o.), no tienen vocación de prosperidad por las siguientes razones:

Se impetra el pago de la suma de CIENTO NOVENTA Y TRES MILLONES CUATROCIENTOS MIL PESOS ($193.400.000.OO), monto de la utilidad que habría obtenido la sociedad demandante si hubiera podido desarrollar "el plan de construcción del conjunto comercial y habitacional programado en el globo total del terreno, terminado y vendido en octubre de 1.981..."

Pero resulta que a la luz de lo probado, la Sala vivencia que en el caso *sub-exámine* el citado plan habitacional de ninguna manera se habría podido llevar a cabo, porque tanto el lote número dieciocho (18), como el número diecinueve (19) solo tienen una cabida de mil varas (1.000 V2) cada uno, y todo el lote sobre el cual se pretendía edificar, 8.500 metros cuadrados.

Esta realidad fáctica fue la que llevó a los peritos Dres HERNAN HERRERA MENDOZA y JOSE MANUEL ACOSTA SARMIENTO (C 1, fol 324 y ss.ss), a dictaminar:

"Después de estudiar y analizar los documentos pertinentes que aparecen en el expediente, nos permitimos rendir nuestro Dictamen Pericial en la siguiente forma:

"a) El Decreto Reglamentario No. 753 del 26 de Mayo de 1.980, dictado en desarrollo del Acuerdo No. 7 de 1.979, aprobado por el H. Concejo Municipal de Bogotá D.E., en su artículo 15 reglamenta los desarrollos en las Zonas de Conservación Ambiental (C.A).

En el mencionado Art. 15 limita a 5 pisos la altura permitida para multifamiliares. En el parágrafo de éste Artículo, ordinal a), fija la zona de cesión adicional, a título gratuito, en el 30% del área del promedio propuesto, como zona de uno político o comunal (Sesión Tipo A). En consecuencia, "el Plan de Construcción Habitacional y Comercial" presentado por la sociedad " Pachón La Rotta e Hijos Ltda." en el inmueble ubicado en la Transversal 44 con calle 100, con extensión superficiaria de 8.500 metros cuadrados, no cumple con las reglamentaciones distritales establecidas desde 1.979 y por consiguiente no puede ser tenido en cuenta por los peritos para ningún fin.

"b) El Plan Prospectado no podemos adoptarlo para determinar el costo aproximado de la edificación, por las razones anotadas en el punto anterior a) En cuanto a la fecha de iniciación de la edificación, si no se

hubieran presentado dificultades, no es posible fijarla en julio de 1.980, ya que los trámites normales ante las autoridades Distritales: 1) Plano Topográfico; 2) Consultas sobre prestación de servicios y consulta previa a Planeación Distrital; 3) Esquema Básico Urbanístico; 4) Proyectos definitivos urbanísticos; 5) Construcción de obras urbanísticas; 6) Proyecto arquitectónico aprobado; y 7) Licencia de Construcción, tienen una demora mínima, aproximada de 18 meses, es decir que las obras de edificación se hubieran podido iniciar en Enero de 1.982.

"C) No es conduncente avaluar unas posibles utilidades, apoyándose en planos, antepreliminares, sin aprobación de las autoridades Distritales.". (fls. 324-325, C.2).-

En este momento del discurso parece conveniente recordar que la prueba anterior no fue objetada por ninguna de las partes ni respecto de ella se solicitó aclaración alguna. Así las cosas, resulta inusitado, por decir lo menos, que se pretenda el pago de una indemnización por una obra que no se habría podido llevar a cabo, por las razones dadas por los auxiliares de la justicia. EL DAÑO, dentro del marco analizado, no es CIERTO. También cabe predicar que no hay NEXO CAUSAL entre la falla del servicio y el daño alegado, por las mismas razones.

D) Tampoco es posible despachar favorablemente las pretensiones que se precisan en los numerales sexto (6o), séptimos (7o) y octavo (8o). Las dos primeras, porque el daño no resulta ser CIERTO, al menos en el momento en que se dicta el presente fallo, y la última, porque a lo largo del proceso no se demostró que los citados lotes se hayan devaluado.

En esta materia no se puede manejar la presunción de hombre.

E) Se despachará favorablemente la pretensión que se orienta a obtener el pago del lucro cesante de la suma pagada por los lotes Nos. 18 y 19 que monta DOS MILLONES CIENTO ONCE MIL OCHOCIENTOS DIECINUEVE PESOS CON CUARENTA Y DOS CENTAVOS Mte ($2.111.819.42). A esta cantidad llega el juzgador teniendo en cuenta que por la Escritura Pública Número 1.264 de 20 de Septiembre de 1.978, la Sociedad demandante y los demás comuneros señores RODRIGO RESTREPO RESTREPO y DARIO OCAMPO CASTAÑO, adquirieron los trece lotes que allí se relacionan, con una cabida total de 8.516M2, por la suma de CATORCE MILLONES CINCUENTA Y UN MIL TRESCIENTOS CINCUENTA Y TRES PESOS CON CINCUENTA CENTAVOS ($ 14.051.353.50), como se lee en la demanda. Como los dos lotes ya citados tienen una cabida total de mil doscientos ochenta metros cuadrados (1.280M2), haciendo la proporción, resulta un costo de compra de DOS MILLONES CIENTO ONCE MIL OCHOSCIENTOS DIECINUEVE PESOS CON CUARENTA Y DOS CENTAVOS ($2.111.819.42), que es el monto histórico del capital que se considera congelado desde el día veinte (20) de Septiembre

de mil novecientos setenta y ocho (1.978) (fecha en que se hizo la escritura) y hasta el día en que quede ejecutoriado el presente fallo. Sobre la citada cantidad se deberá liquidar un interés mensual del tres por ciento (3%) como se pidió en la demanda, teniendo el buen cuidado de no cobrar intereses de intereses.

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

FALLA:

1o) DECLARASE que la NACION - MINISTERIO DE JUSTICIA - SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE NOTARIADO Y REGISTRO son administrativamente responsables de la falla del servicio a que se hizo referencia en los considerados de este fallo;

2o) Como consecuencia de la declaratoria anterior se condene a LA NACION - MINISTERIO DE JUSTICIA - SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE NOTARIADO Y REGISTRO, a pagar a la comunidad formada por la firma PACHON DE LA ROTTA E HIJOS LTDA en un ochenta por ciento (80%), RODRIGO RESTREPO RESTREPO, en un diez por ciento (10%) y DARIO OCAMPO CASTAÑO, en un diez por ciento (10%), el lucro cesante correspondiente a la cantidad de DOS MILLONES CIENTO ONCE MIL OCHOCIENTOS DIECINUEVE PESOS CON CUARENTA Y DOS CENTAVOS ($2.111.819.42), el cual se liquidará tomando en consideración un interés mensual del tres por ciento (3%), teniendo el buen cuidado de no cobrar intereses de intereses, y que se considera debido desde el día veinte (20) de Septiembre de mil novecientos setenta y ocho (1.978) y hasta el momento en que quede ejecutoriado el presente fallo.

3o) Envíase copia de la presente sentencia a la Procuraduría General de la Nación para los fines en los considerandos de este fallo;

4o) Deniégase las demás pretensiones de la demanda;

5o) Al presentarse fallo se le dará cumplimiento en los términos consagrados en los artículos 176 y 177 del C. Contencioso Administrativo.

Expídanse las copias del fallo con destino a los interesados, precisando cuál de ellas presta mérito ejecutivo.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE.

Daniel Suárez Hernández, Presidente de la Sala; *Carlos Betancur Jaramillo, Juan de Dios Montes Hernández, Julio César Uribe Acosta.*

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

PERJUICIOS MORALES A HERMANOS-Presunción

La Corporación varía su anterior posición jurisprudencial, pues ninguna razón encuentra para que en orden justo se continúe discriminando a los hermanos, víctimas de daños morales, por el hecho de que no obstante ser parientes en segundo grado, no demuestren la solidaridad o afecto hasta hoy requeridos para indemnizarlos. Hecha la corrección jurisprudencial, se presume que un daño antijurídico inferido a una persona, causado por la acción u omisión de las autoridades públicas genera dolor y aflicción entre sus parientes hasta el segundo grado de consanguinidad y primero civil, ya sean ascendientes, descendientes o colaterales.

FALLA DEL SERVICIO PRESUNTA- Arma Oficial

Para el denominado régimen de la falla presunta del servicio, la persona perjudicada, se encuentra relevada de demostrar aquel primer elemento y como consecuencia, a fin de comprometer la responsabilidad de la administración le basta al demandante probar la existencia del perjuicio causado, en relación directa de casualidad con el uso de un instrumento peligroso del servicio oficial, para el caso un arma capaz de producirlo. En estos eventos, el Estado se exime de responsabilidad si demuestra que su agente obró con diligencia y cuidado, o bien, que el daño fue producido por fuerza mayor, o por el hecho exclusivo de un tercero, o de la propia víctima.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera

Santafé de Bogotá, D.C., diez y siete (17) de julio de mil novecientos noventa y dos (1992)

Consejero Ponente : *Doctor Daniel Suárez Hernández*

Referencia: Expediente N°. 6750 Actor : Luis María Calderón Sánchez y otros.

Decide la Sala el recurso de apelación contra la sentencia de 13 de diciembre de 1990. proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca, interpuesto por la parte actora, mediante la cual dispuso:

"1o) Declárese a la Nación - Ministerio de Defensa- Policía Nacional- administrativamente responsable de la muerte de LUIS EDUARDO SOLARTE y LUIS MARIA CALDERON, acaecida el 25 de julio de 1983 dentro del perímetro urbano de Popayán.

"2o) Como consecuencia de la declaración anterior, la Nación Ministerio de Defensa POLICIA NACIONAL - pagará a los damnificados los perjuicios causados así:

"1o. A MARIA HELENA VIVAS MUÑOZ y a sus menores hijas SANDRA MILENA SOLARTE VIVAS Y MARTHA LILIANA SOLARTE VIVAS por perjuicios morales, el equivalente a un mil gramos oro para cada una, según el precio que certifique el Banco de la República a la fecha de ejecutoria de esta sentencia.

"2o. A NANCY BEATRIZ CERON, a su hijo menor LUIS MARIA CALDERON CERON y a LUIS MARIA CALDERON (padre del occiso) el equivalente a un mil gramos 1.000 gramos oro para cada uno, al precio que certifique el Banco de la República a la fecha de ejecutoria de esta providencia, todo por perjuicios morales.

"3o. Condénese in genere a la Nación - Ministerio de Defensa - POLICIA NACIONAL - a pagar a SANDRA MILENA SOLARTE VIVAS y a MARTHA LILIANA SOLARTE VIVAS, los perjuicios materiales que se certifiquen a través del trámite incidental del artículo 135 del C.P. Civil y de acuerdo con las pautas señaladas en esta providencia.

"4o. Condénese in genere a la Nación Ministerio de Defensa - POLICIA NACIONAL - a pagar a NANCY BEATRIZ CERON Y LUIS MARIA

CALDERON CERON, los perjuicios materiales que se cuantifiquen por el trámite del 135 y siguientes del C.P. Civil y de acuerdo con las pautas señaladas en la parte motiva de este fallo.

"5o. Las sumas reconocidas devengarán los intereses que señala el artículo 177 del C.C. Administrativo, desde la ejecutoria de este fallo para los perjuicios morales y desde la ejecutoria del auto que liquide la condena en abstracto para los perjuicios materiales.

"6o. Se niegan las demás súplicas de las demandas que originaron el presente proceso acumulado.

"Sin costas"

I. ANTECEDENTES PROCESALES

1. *La demanda.*

Con fecha de 11 y 24 de julio de 1.985 LUIS MARIA CALDERON y NANCY BEATRIZ CERON, está en su propio nombre y en representación de su hijo menor de edad LUIS MARIA CALDERON CERON. JOSE FERNANDO, JORGE ISAAC Y CARLOS EDUARDO CALDERON LLANTEN y por otra parte MARIA HELENA VIVAS DE MUÑOZ actuando en nombre propio y en representación de sus hijas menores de edad MARTHA LILIANA Y SANDRA MILENA SOLARTE VIVAS, obrando por conducto de apoderado y en ejercicio de la acción de reparación directa consagrada en el artículo 86 del C.C.A., formularon demanda contra la NACION - MINISTERIO DE DEFENSA - POLICIA NACIONAL.

Solicitan declarar al Estado patrimonialmente responsable de todos los daños y perjuicios que se les ocasionaron a raíz de la muerte violenta de que fueron objeto los señores LUIS MARIA CALDERON LLANTEN Y LUIS EDUARDO SOLARTE, según hechos protagonizados por el agente del F2 de la Policía Nacional señor JUAN JACOBO GRIJALBA QUIROZ, ocurridos en las horas de la noche del 25 de julio de 1.983, en el perímetro urbano de la ciudad de Palmira en el Departamento del Valle del Cauca.

Como consecuencia de esas muertes se imputan a una falla del servicio a cargo de la Policía Nacional, los demandantes familiares sobrevivientes de las víctimas, solicitan condenar al estado a pagarles a cada uno de ellos: a) Por concepto de perjuicios morales subjetivos, para el primer grupo familiar el precio equivalente a mil (1.000) gramos de oro fino y para el segundo grupo el precio equivalente a cuatro mil (4.000) gramos de oro fino, en ambos casos su valor será el que tenga ese metal a la fecha de la sentencia, según certificación del Banco de la República; b) Los perjuicios morales

objetivados, que se demuestren en el juicio o en el posterior incidente de liquidación y; c) Los perjuicios materiales causados en la moralidad de daño emergente y lucro cesante, liquidados dentro del proceso o en el incidente a que dé lugar.

Respecto del lucro cesante, piden que su cálculo se haga con actualización de la renta de base y por dos períodos que se tienen en cuenta para estos casos. "Dado el caso, los perjuicios materiales podrán tasarse en la suma fijada en el Art. 107 del C. Penal".

2. *Fundamentos de hecho.*

Aparecen relacionados a los folios 17 a 19 del C. principal y 12 a 14 del acumulado No. 1895 y se reducen en síntesis a los siguiente:

A.- LUIS MARIA CALDERON S es el padre legítimo del extinto LUIS MARIA CALDERON LLANTEN; éste tenía como compañera permanente a la demandante NANCY BEATRIZ CERON, unión de la cual tuvieron un hijo extramatrimonial de nombre LUIS MARIA CALDERON CERON; JOSE FERNANDO, JORGE ISAAC Y CARLOS EDUARDO CALDERON son hermanos legítimos del occiso. Este grupo familiar, vivía bajo el mismo techo.

La víctima, para cuando murió cursaba la carrera de Filosofía y Literatura en la Facultad de Humanidades de la Universidad del Cauca y había realizado ocho cursos académicos. Su deceso, causó grave daño moral y material a sus familiares, privados definitivamente de su presencia y apoyo.

B.- La segunda víctima, LUIS EDUARDO SOLARTE, estaba casado con la señora MARIA HELENA VIVAS MUÑOZ y de esa unión matrimonial nacieron SANDRA MILENA Y MARTHA LILIANA SOLARTE VIVAS.

Aquél era licenciado en Ciencias de la Educación, especialidad matemáticas y ocupaba el 10o grado en el escalafón nacional docente: al morir, se desempeñaba como profesor de aquella asignatura en el Colegio Antonio de Ulloa, de la ciudad de Popayán. Además, se desempeñaba como representante del profesorado ante la Junta Seccional del Escalafón Docente del Cauca y miembro de la Junta Directiva de la Asociación de Profesores de Enseñanza media del Cauca, al igual que era un reconocido dirigente sindical.

Las circunstancias que rodearon la tragedia, se relatan así en la demanda:

"1. El día 25 de julio de 1983, en las horas de la noche, en ésta ciudad, en el cruce de la Cra 6o. con la calle 26, a la entrada de la Urbanización

"Palacé" fueron asesinados los ciudadanos LUIS MARIA CALDERON LLANTEN y LUIS EDUARDO SOLARTE.

"3. El señalado día 25 de julio de 1983, cuando los ciudadanos CERON y SOLARTE transitaban en horas de la media noche por el indicado lugar, fueron asesinados por dos personas que luego de la cobarde acción emprendieron la fuga en una moto por la Cra 6a., con dirección Sur.

"4. Efectuadas las investigaciones de rigor por los Juzgados Octavo y Décimo de Instrucción Criminal del Cauca, se logró vincular al respectivo proceso, mediante indagatoria, al señor JUAN JACOBO GRIJALBA QUIROZ como una de las personas responsables de la muerte de los nombrados ciudadanos.

"5. Se logró establecer mediante dictamen pericial de balística que el arma utilizada para dar muerte a los ciudadanos CALDERON y SOLARTE era la de dotación Oficial correspondiente al señor JUAN JACOBO GRIJALBA QUIROZ, AGENTE DEL F-2, adscrito al Comando de Policía Departamento del Cauca. Ello por cuanto se logró establecer que un proyectil que se encontró en el cuero de uno de los occisos, había sido disparado con el arma de dotación del señalado GRIJALBA QUIROZ. Este según dictamen de Balística emitido por el Instituto de Medicina Legal - Departamento de Criminalística, del 25 de Abril de 1984, señalada con el número 222-84-DC-LB, radicado con el No. C06452184., que obra en el aludido proceso.

"7. El señalado GRIJALBA QUIROZ fue detenido precautelativamente por decisión del Juzgado Octavo de Instrucción Criminal del Cauca, en junio 19 de 1.984. En Febrero 21 de 1.984 el Juzgado Primero Superior del Distrito Judicial de Popayán llamó a responder en juicio criminal al mencionado Agente del F-2 Con fecha Mayo 16 de 1985 el H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán Cauca sobreseyó de manera temporal al indicado GRIJALBA QUIROZ y ordenó reabrir la investigación.

"7. La Procuraduría General de la Nación, por su propia cuenta, llevó a cabo una investigación, en la que estableció la participación del señalado Agente del F-2 JUAN JACOBO GRIJALBA QUIROZ, en los hechos que ocasionaron la muerte a los ciudadanos LUIS MARIA CALDERON LLANTEN y LUIS EDUARDO SOLARTE. La correspondiente información apareció en diferentes diarios que circularon en el país.

"8. Los fallecidos ciudadanos LUIS MARIA CALDERON LLANTEN y LUIS EDUARDO SOLARTE en momento de su muerte eran

reconocidos dirigentes cívico-populares, que organizaban a las gentes damnificadas por el terremoto en esta ciudad de Popayán el Jueves Santo 31 de Marzo de 1983. Concretamente se preocuparon por la organización de los asentamientos humanos que se conformaron como consecuencia de dicha calamidad. Su labor, en particular la adelantada por el fallecido LUIS MARIA CALDERON LLANTEN había tenido reconocimiento por las Autoridades de Popayán y del Cauca y había merecido atención por parte del señor PRESIDENTE DE LA REPUBLICA Dr. BELISARIO BETANCUR.

9. Los dirigentes populares CALDERON y SOLARTE se habían ganado el apoyo y admiración por parte del pueblo de Popayán y de Colombia, en general, por su desinteresada labor humanitaria.

10. No obstante, los señalados ciudadanos CALDERON y SOLARTE, de manera inexplicable, antes de su fallecimiento, venían siendo objeto de persecución y hostigamiento, particularmente por parte de las autoridades policivas en la ciudad de Popayán, por el ejercicio de sus actividades cívicas y populares anteriormente especificadas."

Los fundamentos de hecho del petitum, se hallan consignados en cada una de las demandas (fl 20 del C. principal)

3. *Actuación procesal de la primera instancia.*

Notificada la NACION - MINISTERIO DE DEFENSA - POLICIA NACIONAL del auto admisorio de la demanda, constituyeron apoderado especial a fin de que las representara en la actuación, quien solicitó la práctica de pruebas con el objeto, según explicó, que la muerte del señor Luis María Calderón ocurrió pero sin que puede atribuírsele a una falla del servicio de policía e igualmente, que al morir no percibía ingresos laborales "motivo por el cual mal puede predicarse que existen perjuicios de orden material, toda vez que la posibilidad de obtener dinero trabajando cuando terminara su carrera, no causa perjuicio material". Aduce que la muerte de una persona no perjudica a sus padres y hermanos por el solo hecho de acaecer y termina, solicitando rechazar las súplicas de la demanda propuesta por sus familiares.

La misma parte demandada, en el entonces expediente No. 1895 solicitó igualmente la práctica de algunas pruebas y allí puntualiza que la declaración de renta y patrimonio del señor Luis Eduardo Solarte correspondiente al año gravable de 1983, aparece presentada 8 meses y 4 días después de su fallecimiento, motivo suficiente para no tenerla en cuenta, ello sin considerar las demás consecuencias que una situación de esa naturaleza genera.

Las pruebas de las entidades públicas conjuntamente con las pedidas por la actora, fueron decretadas por autos de folios 84 a 87 y 105 a 107 del para esa época expediente No. 1890 y 88 a 91 y 112 a 114 del expediente 1895.

Transcurrido el término concedido para acreditar los supuestos de hecho que constituyen el fundamento tanto de las pretensiones como de la impugnación, se corrió traslado del proceso a fin de que las partes alegaran de conclusión y la Fiscalía rindiere su concepto de fondo; en esa oportunidad y en lo que se refiere al hasta entonces proceso No. 1890, la administración guardó silencio privando a la justicia de conocer su opinión sobre lo obrante en el plenario.

El procurador judicial de los demandantes, en el escrito que presentó en forma oportuna, alude a lo actuado en la investigación penal a que dio lugar aquella tragedia y de ella destaca que compromete la responsabilidad administrativa, en particular con el dictamen rendido por la Sección de Balística del Instituto de Medicina Legal de su sede principal en esta ciudad, que conceptúa que los disparos con los que se dio muerte al señor Luis Eduardo Solarte fueron hechos con el arma de dotación oficial asignada al agente del F-2 de la policía Nacional JUAN JACOBO GRIJALBA QUIROZ, quien por el hecho fue vinculado a la investigación y detenido precautelativamente. Lo anterior, no obstante que después el Tribunal del Distrito Judicial de Popayán, por inconsistencias del trámite, lo sobreseyó temporalmente y dispuso la práctica de otras pruebas; posteriormente a ese pronunciamiento, el agente fue muerto en circunstancias que son objeto de investigación, lo que condujo a que las diligencias quedaran en archivo temporal.

Enseguida transcribe jurisprudencia de esta Corporación atinente a la prueba de la responsabilidad administrativa en casos similares al que se estudia y con fundamento en ella como en la manera que fueron ultimados aquellos dos ciudadanos, consideró que deberá deducirse a través del citado dictamen, de los testimonios pertinentes y en lo demás que sea necesario, buscarse por el camino de los indicios. Para terminar y en caso de condena, pide desestimar la liquidación de los perjuicios morales por los expertos y hacerla por el monto que fue solicitado en cada una de las demandas.

En el libelo que hizo la demandada al expediente, de entonces, No. 1895, finca la defensa en afirmar que el hecho imputado a la administración debe ser acreditado plenamente lo mismo a la administración debe ser acreditado plenamente lo mismo que fue cometido por el agente acusado "vale decir, que se debe acreditar fehacientemente la relación de causalidad entre el hecho imputado y la falla o falta de la administración "y en el caso" nunca existió la certeza de que fuera la policía la autora de los hechos". Al

final, solicita declarar que su representada no es responsable del homicidio de que se ha hecho mérito (fls 224 a 226 del expediente acumulado 1895).

La Fiscalía del Tribunal en el concepto que rindió y a los medios demostrativos de como ocurrieron los hechos destaca fundamentalmente el dictamen de Medicina legal en esta ciudad de Santafé de Bogotá y que el perito que lo suscribe dio testimonio en la actuación acerca de su veracidad: de tal manera, concluye, que es un elementó de convicción de elevada significación, como que constituye un indicio vehemente que apunta a señalar a Grijalba Quiroz como el agente gestor de lo ilícitos y a lo anterior se agrega que él era el encargado de vigilar continuamente a aquellos líderes sindicales. Y continua:

> " Si tenemos que GRIJALBA QUIROZ bien pudo ser el autor o uno de los autores de la muerte de los líderes sindicales, se patentizaría una falla del servicio atribuible al Estado por actuación de uno de los agentes, quien en forma arbitraria, inhumana, saliéndose del marco legal, hizo uso del arma de dotación oficial en contra de dos personas que en manera alguna lo ofendían o lo atacaban, sino que simplemente se dedicaban a una labor lícita dentro de nuestro estado de derecho, como es el proselitismo político. No era necesario el empleo de armas de fuego si se quería imponer la autoridad. Todo lleva a afirmar que fue un crimen sin ninguna justificación".

Corolario de lo anterior, considera que las súplicas de las demandas deben prosperar y reconocerse los perjuicios causados a los actores remitiéndose al efecto a los experticios rendidos con ese objeto, haciendo sí salvedad de que deberá excluirse de la condena a los hermanos de Luis María Calderón "porque no existe evidencia de que ellos dependieran económicamente de su hermano, ni tampoco lazos sentimentales o de afecto entre ellos" (fls 292 a 302).

4. *La sentencia.*

En el fallo materia de este recurso de apelación, visible a los folios 315 a 343, el a quo advierte que las demandas acumuladas conducen a examinar la responsabilidad extracontractual bajo los lineamientos de la falla o falta presunta del servicio. Igualmente anota un deficiente manejo de la prueba por la actora, que no funcionó o que lo hizo irregularmente.

En apoyo de su decisión estimativa de la pretensión principal del libelo inicial del juicio, subraya que no obstante se halla acreditada la realización del hecho dañoso, el perjuicio y el nexo causal entre aquél y éste, presuntamente fácticos que en realidad permiten estructurar la responsabilidad Estatal en aplicación del citado régimen de la falla o falta presunta del servicio, y, en

apoyo de su razonamiento, transcribe jurisprudencia del Consejo de Estado que delimita y explica las notas características de ese régimen de responsabilidad administrativa.

Con base en el acervo probatorio, el Tribunal encuentra bien demostrados los siguientes hechos:

a). La calidad de agente del F-2 de la Policía Nacional de JUAN JACOBO GRIJALBA, quien en la fecha del crimen tenía asignado como arma de dotación oficial el revólver Smith Wesson calibre 38 largo número 86589 y 5D22111; de él no hay informe de que se hubiera extraviado o entregado a otro agente para esa oportunidad.

b) Que el ciudadano LUIS EDUARDO SOLARTE HURTADO murió a consecuencia directa de los disparos que le fueron propinados con esa misma arma, según se desprende del mencionado dictamen de balística de medicina legal; descarta el elaborado en la ciudad de Cali, porque no da certeza en ningún sentido y el de la ciudad de Medellín, en razón de que el mismo juez a cargo de la investigación penal reconoce que posiblemente envió para examen un proyectil diferente al que se extrajo de aquél cadáver y;

c) Por último, que el agente oficial fue vinculado a la investigación por ese homicidio, con orden de suspensión del cargo.

Con base en esos presupuestos, nexo causal que no logró desvirtuar la administración, agrega "se configura la falta servicio presunta por la utilización de arma de dotación oficial en la comisión del ilícito, independientemente de quién la haya usado, y ello es así porque estos letales instrumentos exigen el máximo cuidado no sólo de parte de Agente que los porta, sino de toda la institución policiva. De allí que el reglamento de vigilancia urbana y rural en su artículo 58 ordena la entrega del armamento, munición y demás elementos al finalizar el servicio con la finalidad de que no se presenten situaciones irregulares que por descuido, imprudencia, negligencia u omisión impliquen la pérdida de vidas humanas. El arma de que se dota a un oficial del ejército o de la policía tiene como propósito, cumplir una función represiva o preventiva dirigida al eficaz desarrollo del cometido estatal de proteger la vida, honra y bienes de las personas.

"No importa, entonces, que el Agente no esté en servicio activo, haya perdido o prestado el arma, no vista el uniforme, etc., porque la sola circunstancia de que el hecho se haya realizado con arma de dotación oficial, hace presumir la falta en la prestación del servicio."

"Tampoco es de recibo argumentar el hecho de un tercero por cuanto de ser cierto, el servicio de todas maneras se vincula directamente al haberse

acreditado el uso de arma de dotación oficial, la que debe estar en todo momento a buen recaudo o portada por personas facultadas para ello."

Precisa luego, que si bien esa deducción tiene aplicación directa en ese homicidio, sus presupuestos y efectos son extensivos al crimen de Luis María Calderón, en virtud de que estos eran acosados por el mismo funcionario y fueron ultimados simultáneamente. A ese respecto, hace el siguiente análisis:

> "Es más, encontrándose demostrado como quedó dicho por el dictamen balístico de la Oficina de Medicina Legal de Bogotá, que para causar la muerte de LUIS EDUARDO SOLARTE HURTADO se utilizó el arma de dotación oficial, revólver calibre 38 largo, número 86589 y 5D.22111 adjudicado al Agente del F-2 JUAN JACOBO GRIJALBA MUÑOZ., y no habiendo desvirtuado la Policía Nacional este hecho, es lógico concluir que esta arma se utilizada indebidamente en la comisión del doble homicidio bien fuera porque se empleó también para causar la muerte de LUIS MARIA CALDERON bien porque no se usó para evitarla, cuando está demostrado que los hechos ocurrieron a la misma hora, en el mismo sitio y son atribuidos a las mismas personas.
>
> " Considera el Tribunal absurdo fundar la aplicabilidad de la falla presunta en el hecho probado de que el proyectil extraído del cuerpo de LUIS EDUARDO SOLARTE HURTADO correspondía a arma de dotación oficial perteneciente a la Policía Nacional y negar su operancia en relación con el deceso de LUIS MARIA CALDERON ocurrido en las mismas circunstancias, sólo por el hecho de que en su cuerpo no se encontró proyectil alguno, ya que los tres impactos recibidos salieron una vez cumplida su misión fatal."

Así las cosas, se repite, el Tribunal concluye que se debe resolver favorablemente sobre la súplica principal de las demandas acumuladas.

Antes de resolver sobre las pretensiones de contenido económico, precisa el Tribunal que cada uno de los demandantes acreditó en debida forma su legitimación en la causa.

Respecto de los perjuicios que reclaman los familiares del occiso LUIS EDUARDO SOLARTE, decide:

a).- Reconoce que tienen derecho a ser indemnizados por perjuicios morales, con base en que "tratándose del cónyuge y las hijas, como reiteradamente lo ha aceptado nuestra jurisprudencia, se presume el máximo dolor moral razón por la cual se reconocerá a MARIA ELENA VIVAS MUÑOZ y a cada una de sus hijas MARTHA LILIANA y SANDRA MILENA SOLARTE VIVAS, el equivalente a un mil gramos oro para cada una, de

acuerdo con la certificación que expida el Banco de la República sobre el valor del gramo oro para la fecha de ejecutoria de esta providencia."

b). Les niega la compensación pedida por daño emergente, porque no aparece que se causó, y;

c). En cuanto al lucro cesante, lo niega a la cónyuge supérstite por no obrar elemento demostrativo de que hubiera recibido colaboración económica de la víctima y por el contrario observa que ésta tenía actividad laboral que le permitía sufragar sus propios gastos. En cambio, reconoce que tienen derecho a ellos las hijas menores luego de señalar que eran declaradas a su cargo como así lo ratifican los testimonios, quedando así demostrado que parte de sus ingresos los destinaba a la manutención de sus hijas. La condena a su pago la hace en abstracto y de una vez fija los lineamientos que habrán de seguirse para su corrección.

La solicitud de indemnización de los familiares del extinto LUIS MARIA CALDERON LLANTEN, las resuelve así:

a) Con aplicación de la misma presunción que tuvo en cuenta en el primer caso, reconoce que tienen derecho a recibir los perjuicios morales en la cuantía que fijaron en la demanda su padre, la compañera permanente de la víctima y su hijo habido en la unión con aquélla; a los hermanos se los deniega, a causa de que no demostraron las condiciones de familiaridad que se requieren para ese efecto.

b) Igualmente rechaza la solicitud de indemnizar por daño emergente, por no estar demostrado en el plenario.

c) En cuanto al lucro cesante aprecia los testimonios recaudados con ese fin, demostrativos que el occiso desempeñaba una actividad económicamente productiva y que esos ingresos le permitían ayudar al sostenimiento de su compañera permanente y al hijo de ellos; pone de relieve, que no se hace ningún reconocimiento para el resto de los familiares, en virtud de que lo acreditaron depender de él económicamente.

5. *Las alegaciones de Segunda Instancia.*

Contra esa providencia e inconforme con lo desfavorable a su interés, la parte demandante interpuso y sustentó el recurso de apelación del que ahora se ocupa el Consejo de Estado. El recurrente, solicita hacer extensiva a los hermanos de LUIS MARIA CALDERON la presunción de que se le irrogaron perjuicios de orden moral, que se aplica a los padres, los hijos y los cónyuges entre sí. Para terminar el cargo, hace hincapié en que la condena debe hacerse conforme a lo pedido en la demanda.

Para el mandatario judicial de los actores, esa presunción es también aplicable en favor de los hermanos y para efecto del resarcimiento del lucro cesante, pues a su juicio "lo que se dice en materia de presunción en relación con los perjuicios morales, es aplicable a los perjuicios materiales. Razón por la cual comedidamente solicito sean reconocidos" (fl 358).

Para terminar, el recurrente hace manifiesto de su desacuerdo con la decisión de imponer la condena en abstracto y pide concretarla acogiendo el dictamen pericial del proceso o, en su defecto, previo el decreto y la práctica de las pruebas que se consideren necesarias para ese fin. (fls 357 a 360).

6. *El concepto Fiscal.*

Para la Fiscalía Octava del Consejo de Estado, conforme lo inducen las pruebas allegadas, el caso planteado en las demandas debe estudiarse como lo hizo el fallo, bajo la tesis de la falla o falta del servicio presunta, en lo concerniente al fallecimiento del señor Solarte Hurtado. En lo pertinente al homicidio de ese ciudadano, comparte la posición asumida por el Tribunal, en el sentido de valorar el dictamen de balística practicado por Medicina Legal en esta ciudad; dice al respecto:

> "En estas condiciones no queda duda a la Fiscalía, que la muerte del señor Solarte Hurtado, fue ocasionada con arma de dotación oficial, el revólver marca Smith Weeson, calibre 38 largo, adjudicado al agente del F-2 Juan Jacobo Grijalba Quiroz, de donde se deduce que se configura la falta presunta del servicio, así no se encuentre acreditado que fue éste quien disparó, hecho que no exonera la responsabilidad a la administración, porque ésta no presentó pruebas que desvirtuarán esta presunción."

Difiere del *a quo* en la declaración de responsabilidad administrativa por la muerte de la otra víctima, para lo cual hace la siguiente observación:

> "Discrepa sí la Fiscalía, de la conclusión a que llegó el fallador de encontrar configurada la falla presunta del servicio en relación con la muerte de Luis María Calderón., por haber ocurrido a la misma hora en el mismo lugar y atribuible a las mismas personas, porque en primer lugar, en el expediente no está establecido qué personas dispararon sobre los occisos, en segundo porque la prueba de balística no se hizo con los proyectiles que recibió éste, ya que los mismos no se encontraron en el cadáver, y la falla presunta, solo se configura cuando queda claramente establecido de dotación oficial."

Con base en los anteriores planteamientos, esa Agencia Especial del Ministerio Público solicita a la Corporación confirmar el fallo impugnado en

cuanto a lo resuelto frente a la demanda incoada por los familiares del occiso Luis Eduardo Solarte y negar las demás súplicas del asunto sub lite (fls 371 a 377).

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Sea lo primero advertir que la sentencia objeto de este recurso de apelación habrá de confirmarse. en razón de que la Sala comparte casi en su integridad el análisis que hizo de los distintos aspectos de la controversia, desde el punto de vista sustantivo y probatorio, lo mismo que sus conclusiones, con la salvedad, que deberá accederse a lo pedido por el recurrente en lo relacionado con el reconocimiento de los perjuicios morales en favor de los hermanos del fallecido, señor Luis María Calderón y también en lo atinente a los perjuicios materiales en la modalidad del lucro cesante, se liquidarán en concreto esta providencia.

En el asunto *sub lite*, la realidad documentada lleva a concluir que están plenamente acreditados los supuestos fácticos esgrimidos como fundamento de las pretensiones principales de las demandas y, por cuanto ese acervo en el cual la prueba indiciaria constituye cardinal apoyo, se valoró y apreció correctamente por el *a quo*.

Para el denominado régimen de la falla o falta presunta del servicio, como su propio nombre lo indica, la persona perjudicada se encuentra relevada de demostrar aquel primer elemento y como consecuencia, a fin de comprometer la responsabilidad de la administración le basta al demandante probar la existencia del perjuicio causado, en relación directa de causalidad con el uso de un instrumento peligroso del servicio oficial, para el caso un arma capaz de producirlo. En esos eventos, el Estado se exime de responsabilidad si demuestra que su agente obró con diligencia y cuidado, o bien, que el daño fue producido por fuerza mayor, o, por el hecho exclusivo de un tercero, o, de la propia víctima.

Así las cosas, el caudal probatorio permite deducir válidamente que se encuentran tipificados los elementos que permiten estructurar la responsabilidad oficial con aplicación del régimen de la falla o falta presunta del servicio, demostrado como está que el empleo de un arma de fuego de la Policía Nacional, cuyo uso implica un extraordinario riesgo, fue el nexo instrumental para generar el daño; ella no pudo ser desvirtuada por la administración, pues ni siquiera intentó probar que sus agentes hubieran actuado en los sucesos con prudencia, diligencia y cuidado, ó, bien, que esas muertes fueran producto de una fuerza mayor, el hecho exclusivo de un tercero o de la propia víctima. El arma oficial como elemento causal del daño, de acuerdo con la jurisprudencia que se aplica para estos casos, compromete de por sí la

responsabilidad patrimonial de la entidad pública a la que pertenece aquel instrumento.

En tales circunstancias, no cabe duda que el Estado deberá resarcir los perjuicios morales irrogados a los demandantes, parientes próximos de dos ciudadanos muertos, en los hechos, los cuales se presumen por el hecho del interés legítimo que adujeron tener para postular las pretensiones, como se desprende por los solos certificados de registro civil de matrimonio y de nacimiento que allegaron al plenario.

LA CONDENA

Siguiendo las orientaciones jurisprudenciales y hecha la valoración de los diversos medios de convicción, la Sala encuentra acertada y por esa razón confirmará la decisión recaída sobre las pretensiones de carácter económico, que obtuvieron despacho favorable por el a quo.

En punto tocante con perjuicios morales, hasta ahora se venían aceptando que estos se presumen para los padres, para los hijos y los cónyuges entre sí, mientras que para los hermanos era necesario acreditar la existencia de especiales relaciones de fraternidad, o sea, de afecto, convivencia, colaboración y auxilio mutuo, encaminados a llevar al fallador la convicción de que se les causaron esos perjuicios resarcibles. Ocurre sin embargo, que la Constitución Nacional que rige en el país actualmente, en su artículo 2o., señala que Colombia como Estado Social de derecho que es, tiene como fines esenciales el de servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la misma; también el de facilitar la participación de todos en las decisiones que los afecte y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; al igual que defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacifica y la vigencia de un orden justo.

Por su parte el artículo 42 de la Carta Política, establece que el Estado y la sociedad tienen como deber ineludible el de garantizar *la protección integral de la familia*, núcleo fundamental de la sociedad, que "se constituye por vínculos naturales y jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla." Y agrega que "Cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley. *Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica tienen iguales derechos y deberes*". (Subrayas fuera de texto).

La ley no ha definido taxativamente las personas que integran la familia que goza de la especial protección del estado y de la sociedad en general. Así

las cosas, podría adoptarse como criterio interpretativo el concepto amplio de la familia, como aquellos parientes próximos de una persona a los que se refiere el artículo 61 del C.C., que es del siguiente tenor:

> "En los casos en que la Ley dispone que se oiga a los parientes de una persona, se entenderá que debe oírse a las personas que van a expresarse y en el orden que sigue:
>
> 1o. Los descendientes legítimos;
>
> 2o. Los ascendientes legítimos;
>
> 3o. El padre y la madre naturales que hayan reconocido voluntariamente al hijo, o este a falta de descendientes o ascendientes legítimos;
>
> 4o. El padre y la madre adoptantes, o el hijo adoptivo, a falta de parientes de los números 1o., 2o. y 3o;
>
> 5o. Los colaterales legítimos hasta el sexto grado, a falta de parientes de los números 1o., 2o., y 4o;
>
> 6o. Los hermanos naturales, a falta de los parientes expresados en los números anteriores;
>
> 7o. Los afines legítimos que se hallen dentro del segundo grado, a falta de los consanguíneos anteriormente expresados.
>
> Si la persona fuera casada, se oirá también, en cualquiera de los casos de este artículo a su cónyuge; y si alguno o algunos de los que deben oírse, no fueren mayores de edad o estuvieren sujetos a la potestad ajena, se oirá en su representación a los respectivos guardadores, o a las personas bajo cuyo poder y dependencia estén constituidos."

También resulta procedente tomar como familia lo que los tratadistas definen como familia nuclear, esto es, la integrada por los parientes en primer grado a que alude el artículo 874, ordinal 3o *ibídem*, que reza:

> "La familia comprende (además del habitador cabeza de ella) a la mujer y a los hijos; tanto los que existen al momento de la constitución, como los que sobrevienen después, y esto aún cuando el usuario o habitador no esté casado, ni haya reconocido hijo alguno a la fecha de la constitución."

La familia para fines de las controversias indemnizatorias, está constituida por un grupo de personas naturales, unidas por vínculos de parentesco natural o jurídico, por lazos de consanguinidad, o factores civiles, dentro de los

tradicionales segundo y primer grados señalados en varias disposiciones legales en nuestro medio.

Así las cosas, la Corporación varía su anterior posición jurisprudencial, pues ninguna razón para que en un orden justo se continúe discriminando a los hermanos, víctimas de daños morales, por el hecho de que no obstante ser parientes en segundo grado, no demuestran la solidaridad o afecto hasta hoy requeridos, para indemnizarlos. Hecha la corrección jurisprudencial, se presume que el daño antijurídico inferido a una persona, causado por la acción u omisión de las autoridades públicas genera dolor y aflicción entre sus parientes hasta el segundo grado de consanguinidad y primero civil, ya sean ascendientes, descendientes o colaterales.

Como presunción de hombre que es, la administración está habilitada para probar en contrario, es decir, que a su favor cabe la posibilidad de demostrar que las relaciones filiales y fraternales se han debilitado notoriamente, se ha tornado inamistosas o, incluso que se han deteriorado totalmente. En síntesis, la Sala tan solo aplica el criterio lógico y elemental de tener por establecido *lo anormal* y de requerir la prueba de *lo anormal*. Dicho de otra manera, lo razonable es concluir que entre hermanos, como miembros de la célula primaria de toda sociedad, (la familia), exista cariño, fraternidad, vocación de ayuda y solidaridad, por lo que la lesión o muerte de algunos de ellos afectan moral y sentimentalmente al otro u otros. La conclusión contraria, por excepcional y por opuesta a la lógica de lo razonable, no se puede tener por establecida sino en tanto y cuanto existan medios probatorios legal y oportunamente aportados a los autos que así la evidencien.

Lo anterior, se traduce en que los hermanos de fallecido LUIS MARIA CALDERON, tienen derecho al resarcimiento del daño moral ocasionado por los perjuicios causados, en la cuantía que señalará más adelante.

En cambio, no se accederá a la condena al pago de los perjuicios materiales que reclaman tanto al padre como los hermanos del mismo occiso, atendida la orientación jurisprudencial seguida la fecha, que se mantiene incólume, según la cual, sin importar el grado de parentesco para su otorgamiento, los perjuicios materiales deben estar plenamente probados. En el asunto *sub-lite* es evidente el vacío por este aspecto, vale decir, que esos demandantes dejaron de observar el principio general de Derecho Procesal consagrado en el artículo 177 C. de P.C., el cual enseña que a las partes incumbe probar los supuestos de hecho de las disposiciones legales de las cuales pretenden derivar los derechos que reclaman en el juicio.

CUANTIA DE LOS PERJUICIOS MORALES

En el fallo que se examina, ninguna observación hay que hacer a la suma que se otorgó a algunos de los demandantes por concepto de perjuicios morales, tópico en el que opera hasta cierto grado la autonomía del juzgador y visto como está que esa limitación no se desborda.

Según el nuevo criterio jurisprudencial que se dejó expuesto, los demandantes JOSE FERNANDO CALDERON LLANTEN, JORGE ISAAC CALDERON LLANTEN y CARLOS EDUARDO CALDERON LLANTEN tienen derecho a recibir como indemnización por perjuicios morales el equivalente en pesos colombianos a QUINIENTOS (500) gramos de oro fino, para cada uno de ellos.

El precio del gramo de oro que se tendrá en cuenta será el interno, para cuando cobre ejecutoria este fallo, el que certificará el Banco de la República para entonces, a favor de cada una de las personas beneficiadas con ese reconocimiento. A tal efecto la parte actora allegará con la cuenta de cobro, la citada certificación.

LA INDEMNIZACION POR PERJUICIOS MATERIALES

La condena al pago de los perjuicios materiales que se hizo únicamente por el lucro cesante como se advirtió al principio, será confirmada en su integridad, pero en lugar de ordenarla en abstracto se hará en concreto, para lo cual, además de los lineamientos que prefijó el Tribunal, tendrán en cuenta las siguientes pautas:

A. EN LA LIQUIDACION A FAVOR DE NANCY BEATRIZ CERON Y SU HIJO EL MENOR LUIS MARIA CALDERON CERON.

La renta de base, lo es el salario mínimo legal vigente en Popayán para la fecha del crimen, el 25 de julio de 1983, que fue establecido por el Decreto 3713 de 1982 en nueve mil doscientos sesenta y un mil pesos ($9.261.oo) mensuales

A ese salario, se le deduce un 25% que se presume el occiso destinaba a su propia subsistencia dos mil trescientos quince pesos con 25/100 ($2.315.25). El resto, o sea seis mil novecientos cuarenta y cinco pesos con 75/100 ($6.945.75) se divide en partes iguales, una para la compañera y otra para su hijo, correspondiéndoles tres mil cuatrocientos sesenta y dos pesos con 87/100 ($3.472.87) a cada uno de ellos.

Los ingresos así establecidos, se actualizarán mediante la fórmula:

$$VP = Vh \frac{\text{Indice Final}}{\text{Indice Inicial}}$$

en donde :

VP. es el valor actualizado que se busca.

Vh. el valor histórico ($3.472.87).

Los índices, según información suministrada por el DANE corresponden, el inicial al vigente el 25 de julio de 1983 de 34.68, y, el final, el vigente en la fecha de esta providencia de 249.35.

Renta actualizada de la compañera $ 24.970

Renta actualizada del menor $ 24.970

La indemnización comprende dos períodos : El primero o vencido, va del 25 de julio de 1983 hasta la fecha probable de ejecutoria de esta sentencia, o sea, el 23 de julio de 1992, para un total de 108 meses; el anticipado se cuenta del 24 de julio de 1992 hasta la fecha de vida probable del occiso que era mayor que su compañero, y en el caso del menor, hasta cuando cumpla su mayoridad.

Según lo establecido por esta Corporación, el cálculo de esa expectativa de vida se debe efectuar con base en las tablas elaboradas por las Compañías Aseguradoras aprobadas por la Superintendencia Bancaria: para cuando se le causó la muerte. La víctima que nació el 13 de junio de 1956, contaba con 27 años y entonces su vida probable a partir de ahí era de 46.38 años más, o, 556.56 meses. Luis María Calderón Cerón, nació el 11 de septiembre de 1977 y será mayor de edad el mismo día y mes de 1995.

En consecuencia, descontado el tiempo por indemnización debida, el período de la futura quedará así:

Para la compañera : 448.56 meses

Para el menor : 37.6 meses

Para calcular la indemnización debida, se aplicará la fórmula :

$$S = Ra \frac{(1+i)^{n} - 1}{i}$$

y para la futura :

$$S = Ra \frac{(1+i)^{n} - 1}{i(1+i)^{n}}$$

En donde:

S= Será la suma o indemnización buscada.

Ra = La renta actualizada.

i = El interés técnico o puro del 6% anual ó del 0.4867 mensual; como se trabaja con 1, ese interés queda como 0.0004867 mensual.

Al hacer la conversión, la condena quedará así:

INDEMNIZACION DE NANCY BEATRIZ CERON

Vencida o consolidada:

$$S = \$24.970 \frac{(1 + 0.004867)^{108} - 1}{0.004867}$$

S = $3.536.839.oo

Futura o anticipada :

$$S = \$24.970 \frac{(1 + 0.004867)^{448.58} - 1}{0.004867\,(1 + 0.004867)^{448.56}}$$

S = $4.549.267.oo

INDEMNIZACION DE LUIS MARIA CALDERON CERON

Vencida o consolidada:

$$S = \$24.970 \frac{(1 + 0.004867)^{108} - 1}{0.004867}$$

S = $3.536.839.oo

Futura o anticipada :

$$S = \$24.970 \frac{(1 + 0.004867)^{37.6} - 1}{0.004867\ (1 + 0.004867)}$$

S = $856.078.oo

B. LIQUIDACION DE LAS MENORES MARTHA LILIANA Y SANDRA MILENA SOLARTE VIVAS

El ingreso laboral que percibía su padre para cuando fue muerto, se aumenta en un 25% como promedio de prestaciones $8.950.oo. Al resultado cuarenta y cuatro mil setecientos ocho mil setecientos cincuenta pesos ($8.950.oo.) Al resultado cuarenta y cuatro mil setecientos cincuenta pesos ($44.750.oo), se le descuenta un 25% que se estima aquel destinaba para su cóngrua subsistencia, once mil ciento ochenta y siete pesos ($11.187) quedando con una renta familiar definitiva de treinta y tres mil quinientos sesenta pesos ($33.563.oo).

Aquel valor, se divide en dos partes iguales así la renta histórica es de diez y seis mil setecientos ochenta y un mil pesos ($16.781.oo) para cada una de las citadas menores. Los ingresos así obtenidos, se revalúan con aplicación de la misma fórmula que se empleó para el caso anterior. así:

$$V.P. = \$16.781 \frac{249.35}{34.68}$$

V.P. = $120.655.77

Martha Liliana Solarte, nació el 29 de agosto de 1979, luego será mayor el 29 de agosto de 1997: Sandra Milena Solarte nació el 14 de septiembre de 1980. por lo cual, cumple su mayoridad el 14 de septiembre de 1998. El período de la indemnización vencida, es igual a la del primer grupo familiar, es decir, de 108 meses; razón de lo anterior, hecho el descuento del período por indemnización causada, el periodo de la debida quedará así:

Para Martha Milena : 61.2 meses

Para Sandra Milena : 73.7 meses

INDEMNIZACION DE MARTHA LUCIA SOLARTE

Vencida o consolidada

$$S = \$120.655.77 \frac{(1 + 0.004867)^{108} - 1}{0/004867}$$

S= $17.090.107.oo

Futura o anticipada:

$$S = \$120.655.77 \frac{(1 + 0.004867)^{61.2} - 1}{0.004867\ (1 + 0.004867)^{61.2}}$$

S = $6.372.635.oo

INDEMNIZACION DE SANDRA MILENA SOLARTE

Vencida o consolidada :

$$S = \$120.655.77 \frac{(1 + 0.004867)^{108} - 1}{0.004867}$$

S = $17.090.107

$$S = \$120.655.77 \frac{(1 + 0.004867)^{73.7} - 1}{0.004867\,(1 + 0.004867)^{73.7}}$$

S = $7.426.276

Sumadas las indemnizaciones debidas y futuras, la liquidación al pago de los perjuicios materiales quedará así:

Para NANCY BEATRIZ CERON	$ 8.086.106.oo
Para LUIS MARIA CALDERON CERON	$ 4.392.917.oo
Para MARTHA MILENA SOLARTE	$ 23.462.742.oo
Para SANDRA MILENA SOLARTE	$ 24.516.383.oo

Las sumas así concretas por perjuicios morales y materiales, devengarán intereses comerciales dentro de los seis (6) meses siguientes a la ejecutoria de esta providencia y moratorios después de ese término.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercer, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMASE el ordinal PRIMERO de la sentencia apelada, esto es la del 13 de diciembre de 1990, proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca.

SEGUNDO: MODIFICASE el ordinal SEGUNDO del fallo recurrido, el cual quedará así:

2. Como consecuencia de la declaración en el ordinal Primero condénase a la NACION - MINISTERIO DE DEFENSA - POLICIA NACIONAL a pagar:

a) Por concepto de perjuicios morales: a NANCY BEATRIZ CERON, LUIS MARIA CALDERON CERON, LUIS MARIA CALDERON

SANCHEZ, MARIA ELENA VIVAS MUÑOZ, MARTHA LILIANA SOLARTE VIVAS y SANDRA MILENA SOLARTE VIVAS, o a quien sus intereses representen el equivalente en pesos para cada uno de ellos: a JOSE FERNANDO CALDERON LLANTEN, JORGE ISAAC CALDERON LLANTEN y CARLOS EDUARDO CALDERON LLANTEN, ó a quien sus intereses representen, el equivalente en pesos colombianos a QUINIENTOS (500) gramos de oro fino, para cada uno de ellos.

El precio del metal, será el interno que certifique el Banco de la República para la fecha de ejecutoria de esta sentencia, certificación que se allegara con la correspondiente cuenta de cobro.

b) Por concepto de perjuicios materiales, a NANCY BEATRIZ CERON la suma de OCHO MILLONES OCHENTA Y SEIS MIL CIENTO SEIS PESOS ($8.086.106.oo) MONEDA CORRIENTE, A LUIS MARIA CALDERON CERON, o quien sus derechos represente, la suma de CUATRO MILLONES TRESCIENTOS NOVENTA Y DOS MIL NOVECIENTOS DIEZ Y SIETE PESOS ($4.392.917.oo) MONEDA CORRIENTE; a MARTHA LILIANA SOLARTE VIVAS, o a quien sus derechos represente, la suma de VEINTITRES MILLONES CUATROCIENTOS SESENTA Y DOS MIL SETECIENTOS CUARENTA Y DOS PESOS ($23.462.742.oo) MONEDA CORRIENTE; y a SANDRA MILENA SOLARTE VIVAS, ó a quien sus intereses representen, la suma de VEINTICUATRO MILLONES QUINIENTOS DIECISÉIS MIL TRESCIENTOS OCHENTA Y TRES PESOS ($24.516.383.oo) MONEDA CORRIENTE.

Las sumas así liquidada, por perjuicios morales y materiales, devengarán intereses comerciales durante los seis (6) meses siguientes a la ejecutoria de este fallo y moratorias de ahí en adelante.

TERCERO: -DENIEGANSE las demás súplicas de las demandas.

CUARTO: Con el objeto de que se dé cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 176 y 177 del C.C.A., se expedirán copias de las sentencias, con constancia de sus ejecutoria, con destino al Ministerio de Defensa, a la Policía Nacional y a la parte actora, con las constancias previstas por el artículo 115 del C.P.C.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE el expediente al Tribunal de origen.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha, diez y seis (16) de julio de mil novecientos noventa y dos (1992).

Daniel Suárez Hernández, Presidente de la Sala; *Carlos Betancur Jaramillo, Juan Montes Hernández, Julio César Uribe Acosta.*

Ruta Sella Correa Palacio, Secretaria.

ACCION DE REPARACION DIRECTA - Improcedencia / **ACTO GENERAL**

El acto de carácter general, normalmente, se aplica mediante otros de carácter particular o concreto; y son éstos los que deben demandarse en acción de restablecimiento. Si la resolución de tarifas no se ajustó al ordenamiento jurídico debió demandarse en acción de simple nulidad. Pero lo que sí no es admisible ni viable fue lo que hizo la parte actora: volver de reparación directa una situación que se dice lesiva para unos particulares, cuando el perjuicio, si lo hubo, no podía provenir sino de un acto administrativo.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera

Santafé de Bogotá, D.C., Julio diez y siete (17) de mil novecientos noventa y Dos (1.992)

Consejero Ponente : *Doctor Carlos Betancur Jaramillo*

Referencia: Expediente N°.7028. Indemnizaciones. Actor: Eneida Donado y otros.

Procede la sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de julio 4 de 1.991, mediante la cual el tribunal administrativo de Cundinamarca, luego de denegar las excepciones propuestas, no accedió a las súplicas de la demanda.

Súplicas que fueron del siguiente tenor:

"PRIMERA: Que la NACION COLOMBIANA (MINISTERIO DE OBRAS PUBLICAS Y TRANSPORTE) es responsable de los daños sufridos por mis poderdantes, al no haber aumentado las tarifas para el servicio de transporte público colectivo urbano de buses, busetas, microbuses y T.S.S., tal como lo ordenan los decretos 149 de 1.976 y 588 de 1.978, a pesar de que desde el 5 de diciembre de 1.981 y hasta el 22 de diciembre de 1.982 se presentaron variaciones en los costos que no fueron recogidas con nuevas tarifas o compensadas con un aumento en el subsidio del transporte, omisiones éstas que han privado a mis poderdantes del verdadero ingreso a que tenía derecho.

"·SEGUNDA: Que como consecuencia de la anterior declaración, se CONDENE a la NACION COLOMBIANA (MINISTERIO DE OBRAS PUBLICAS Y TRANSPORTES) a pagar a cada uno de mis poderdantes, o a quien sus derechos represente, el monto de los perjuicios materiales sufridos, que están constituidos de la siguiente manera y para cada uno de los demandantes:

"1.- Valor del desfase tarifario presentado desde el 5 de diciembre de 1.981 hasta el 22 de diciembre de 1.982 que el Ministerio de Obras Públicas y Transporte teniendo en cuenta los estudios que el "INTRA" determinó.

"2.- El valor del desfase presentado en las tarifas a partir de la expedición de la resolución número 11552 de diciembre 23 de 1.982, hasta la fecha en que se efectúe el pago.

"3.- El valor de la actualización de las sumas anteriores, que se logrará aplicando para ello los métodos y procedimiento adoptados por el Consejo de Estado o cualquier otro procedimiento técnico que busque compensar la pérdida del poder adquisitivo del peso colombiano, transcurrida entre la fecha en que se debió hacer el reajuste tarifario y la fecha en que se haga este pago.

"4.- El lucro cesante de las cantidades actualizadas a que se ha hecho referencia, para el período comprendido entre la fecha en que se causó el daño y la fecha en que se cancelen los perjuicios. Si su monto no pudiere establecerse durante el proceso, se compensará con el reconocimiento de intereses mensuales, cálculo que se hará aplicando la tasa de interés comercial a la cantidad ya actualizada y para el período comprendido entre la fecha en que se produjo el daño hasta cuando se efectúe el pago de la misma."

" TERCERA: La sentencia se comunicará al Gobierno Nacional por intermedio de los señores Ministros de Obras Públicas y Transporte y de Hacienda y Crédito Público, a fin de que se le de cumplimiento dentro del término establecido por el artículo 176 del C.C.A.

" CUARTA: Si no se diere cumplimiento al fallo dentro del término previsto por el artículo 176 del C.C.A., las cantidades determinadas en la sentencia devengarán intereses comerciales durante los seis meses siguientes a su ejecutoria; vencido el cual devengarán intereses moratorios hasta cuando se efectúe el pago todo ello sin perjuicio de que se haga el ajuste previsto en el artículo 178 del mismo código."

El Tribunal, luego del trámite de rigor, tomó la decisión que se deja anotada.

De ese fallo se destaca el siguiente aparte:

"Por otra parte, la Sala comparte las apreciaciones de la parte demandada y del señor fiscal de la Corporación en el sentido de que ninguna norma establece que las tarifas del transporte deban reajustarse periódicamente conforme a las variaciones que se vayan presentando en los costos de operación. El tan mencionado decreto 588 de 1.978 establecía que el Instituto Nacional de Transporte debía efectuar el estudio mensual de costos del transporte público colectivo urbano para que tales estudios sirvieran para fijar las respectivas tarifas pero por parte alguna para fijar períodos dentro de los cuales se deban hacer los aumentos de tarifas. Es que la fijación de las mismas es una función asignada al gobierno dentro de la intervención que de tal actividad prevé la Constitución Nacional y solamente las autoridades competentes pueden determinar en qué momento es conveniente dentro del contexto político y económico su reajuste, dada la alta incidencia social que conlleva tal servicio público hasta el punto que su regulación es determinante de aspectos tan importantes como el proceso inflacionario y, por tanto, también de la conducción de la política económica que adelanta un gobierno. En estas condiciones solamente el Estado en aplicación de las normas constitucionales y de los propios fines que lo orientan según nuestro ordenamiento jurídico puede señalar, dentro de la intervención en el manejo de la economía como supremo orientador de la misma, las condiciones y el ámbito temporal en que se pueden fijar las tarifas del transporte conforme a los criterios que su política económica determine y sin que por ello se configure responsabilidad frente a los particulares que prestan el servicio quienes, por otra parte, cuando desarrollan una actividad sometida al control estatal en razón del beneficio de la comunidad deben ser conscientes que sus posibilidades de ganancia, están limitadas y sometidas a las disposiciones gubernamentales que al respecto se produzcan, pues cuando inician tal actividad y en ella invierten su capital tienen pleno conocimiento de las circunstancias dentro de las cuales se desarrolla.

" Conclusión ineludible es que las pretensiones de la demanda deben ser denegadas."

Descontenta la parte actora con lo así decidido, interpuso apelación.

Cumplido el trámite correspondiente es oportuno decidir. Para ello, se considera:

Muestra la *causa pretendi* un tanto confusa, que la nación -Ministerio de Obras - es responsable por no haber aumentado las tarifas de transporte urbano, tal como lo ordenan los decretos 149 de 1.976 y 588 de 1.978, a pesar de que con antelación (desde el 5 de diciembre de 1.981 hasta el 22 de diciembre de 1.982 se presentaron variaciones en los costos que no fueron recogidos en las nuevas tarifas)

Como se desprende de su enunciado, los actores cuestionan, en el fondo, un acto administrativo de carácter general (la resolución de fijación de tarifas #11552 de 23 de diciembre de 1.982) y pretenden, *sin pedir su nulidad*, que les restablezca el derecho, por cuanto en ese período tuvieron derecho a unas tarifas diferentes superiores.

Ha dicho la jurisprudencia que los actos administrativos de contenido general y abstracto (y la resolución que señala unas tarifas para el transporte público colectivo, tiene ese carácter) sólo pueden demandarse en acción pública de simple nulidad, por cualquier persona; o sea que los mismos no pueden impugnarse en acción de restablecimiento, porque en ésta el acto que produce la lesión tiene que ser de carácter individual o concreto.

Basta pensar que los actos reglamentarios (en sentido genérico se entiende), en principio, impone cargos de carácter general aplicables a todas las personas que estén en similares condiciones. En ese sentido no puede hablarse de que sufren un daño específico que sea resarcible.

Es esta la filosofía de las cargas públicas, gobernada por el principio constitucional de la igualdad ante la ley, que solo da pié para una indemnización cuando se rompe, o sea cuando alguien se le impone un gravamen diferente al que deben sufrir las personas que estén en condiciones idénticas a la suya.

El acto de carácter general, normalmente, se aplica mediante otros de carácter particular o concreto; y son éstos los que deben demandarse en acción de restablecimiento.

Es tan precisa esta idea (el acto general impugnable solo en acción de nulidad y el particular, por excepción, en aquélla) que no se pueden acumular en un mismo proceso la pretensión de nulidad del acto general con la pretensión de nulidad y restablecimiento del acto particular que se dicte en desarrollo del primero.

Se expone las ideas precedentes para concluir que si la resolución de tarifas no se ajustó al ordenamiento jurídico debió demandarse en acción de simple nulidad. Pero lo que sí no es admisible ni viable fue lo que hizo la parte actora: volver de reparación directa una situación que se dice lesiva para unos particulares, cuando el perjuicio, si lo hubo, no podía provenir sino de un acto administrativo.

Aquí también la jurisprudencia ha sido clara, la acción resarcitoria tiene unas fuentes u orígenes que marcan o indican la acción a seguir, así: a) Si la lesión la produce un acto, la acción tendrá que ser de restablecimiento (artículo 85 del c.c.a.), con la expresa impugnación del acto que la causó; b) Si el daño proviene de un contrato, la acción será contractual (art. 87 *ibídem*); y c) Si el daño o perjuicio proviene de un hecho o de una operación administrativa, la acción será de reparación directa.

Asimismo se ha precisado que las partes arbitrarias o caprichosamente no pueden hacer esa elección; de tal manera que no se puede formular como reparación directa lo que debe impugnarse en acción de restablecimiento, o viceversa, ni una contractual como una simple nulidad o restablecimiento.

Lo dicho es suficiente para confirmar lo dispuesto por el a-quo. Aunque también se observa que las reflexiones de fondo hechas por el mismo también son igualmente aceptables.

No se entra a analizar la argumentación del salvamento de voto; aunque a este le asiste la razón cuando afirma que la falta de integración del litis consorcio necesario no es propiamente una excepción, sino un presupuesto que toca con el presupuesto parte demandada. Sobra entrar en el debate , dado el enfoque diferente que presenta esta motivación en relación con la expuesta por el tribunal.

Por lo narrado. el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Confírmase, aunque por razones diferentes, la sentencia de 4 de julio de 1.991 dictada por el tribunal administrativo de Cundinamarca.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE

Esta providencia fue aprobada por la sala en su sesión celebrada el día 16 de julio de 1.992.

Daniel Suárez Hernández, Presidente Sala; *Carlos Betancur Jaramillo, Juan de Dios Montes Hernández, Julio César Uribe Acosta.*

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

COMISIONADO/COMITENTE/COMPETENCIA TERRITORIAL

El comisionado tiene las mismas facultades que las del comitente, "inclusive las de resolver reposiciones y conceder apelaciones": y además, en trantándose de la nulidad territorial por falta de competencia del comisionado, ésta solamente es posible alegarla en el momento de iniciarse dicha prueba, o sea, en la diligencia misma. Para la práctica de la prueba referida en el sub-lite solo podrá comisionarse a funcionarios jurisdiccionales que tengan competencia territorial para esos efectos, pues el comisionado tendrá similares facultades a las del comitente, incluso para admitir y practicar los medios atinentes con la comisión. En el evento en que el comisionado no tenga la competencia territorial que la comisión requiere "devolverá inmediatamente al despacho al comitente".

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera

Santafé de Bogotá, D.C., julio diez y siete (17) de mil novecientos noventa y dos (1992)

Consejero Ponente : *Doctor Carlos Betancur Jaramillo*

Referencia: Expediente N°. 7148 Actor : José Vicente Aroca y otros

Decide la Sala la apelación interpuesta por la parte actora contra el auto de 30 de septiembre de 1991 proferido por el tribunal administrativo del Meta, mediante el cual se negó la nulidad procesal propuesta por aquélla.

Los fundamentos del proveído impugnado, son lo siguientes:

"I.- ANTECEDENTES.

"A.- Dentro del acápite de Pruebas solicitadas por los Demandantes, a folio 26,. se pidió comisionar el Juez Promiscuo Municipal de Natagaima, con el fin de que se recepcionaran unos Testimonios.

"B.- Por auto de Mayo 21 del presente año, se decretó la prueba solicitada, entre otras, y allí se dispuso, para el efecto, comisionar al Juez Promiscuo del Circuito de dicha población, Natagaima.

C.- Comisionado el Juez Promiscuo del Circuito conforme al mandato Procesal, el Juzgado Civil Municipal de Natagaima cumplió el encargo, el cual se incorporó al proceso y corre a folios 131 y siguientes.

"II.- ARGUMENTOS DE LA NULIDAD."

"En el sentir el apoderado de los demandantes, se basa en el hecho de que como el Comisionado No. 048 iba dirigido al señor Juez Civil del Circuito de Natagaima Tolima, al haber asumido como Comisionado el señor Juez Promiscuo Municipal de Natagaima el encargo, éste tomó una competencia que no le correspondía, porque "la competencia del Comisionado nace de la voluntad del comitente."

" Y se concluye, que por tal razón debe deprecarse la Nulidad de lo surtido por el Juez Promiscuo Municipal de Natagaima - Tolima."

"III.- SE CONSIDERA:

"En razón a la especificidad del Régimen Jurídico de la Nulidades, es necesario precisar, que para la causal o motivo invocado dentro de este asunto, se debe manifestar que para que se ocurra la nulidad por la falta de Competencia, ella hace referencia a la ausencia de la misma cuando así lo ha determinado la ley."

"Al tenor de lo anterior el vicio se presenta cuando un Juez asume el conocimiento de un litigio sin estarle deferido de acuerdo a los factores que determinan la Competencia, a saber: a- Factor Objetivo b- Factor Subjetivo, c- Factor Funcional, d- Factor de Conexión y d- Factor Territorial."

"Debe advertirse que al delegarse la Comisión por este Despacho, se tuvo en cuanta y es el único que se puede tener en cuenta, el Factor Territorial, pues conforme a la petición de Demanda aquella iba dirigida al JUEZ PROMISCUO MUNICIPAL DE NATAGAIMA, sin perder de vista que el artículo 181 del C. P. C., es el que permite y " por razón del territorio" el Comisionar para la práctica de la prueba, entonces, si

el Juez Comisionado que asumió el Despacho de éste Tribunal tiene competencia dentro del territorio que señaló este Tribunal, la nulidad pedida no puede ser prosperada por el motivo indicado."

Por su parte el recurrente considera en la sustentación de la apelación que el juez comisionado, según el auto de decreto de pruebas, es el del Circuito de Natagaima, y sin embargo la competencia la asumió el Promiscuo Municipal de la misma población, con lo cual se da la causal 2a del artículo 140 del c. de p.c., pues éste se abrogó una competencia funcional que no le correspondía, no obstante que en dicha población no existe Juez Civil del Circuito.

Expone así en su sustentación:

"El *a-quo* incurre en un error de apreciación jurídica al sostener que la comisión se impartió teniendo en cuenta únicamente el factor territorial y trae a en su apoyo el argumento de que dicha nulidad territorial sólo puede ser alegada el momento de iniciarse la práctica de la diligencia, conforme al art. 34 del C. de P. C., puesto que el evento de la nulidad por falta de competencia territorial es muy diferente y se presenta por ejemplo, cuando la comisión se imparte al Juez Municipal de Natagaima para que realice diligencias en el municipio de Chaparral, cuando lo correcto es que sea el Juez Municipal de Chaparral a quien se asigne la comisión pero si el Juez de Natagaima adelanta la diligencia en territorio que no es de su jurisdicción y las partes no propusieron la nulidad al momento de iniciarse la diligencia, esta queda automáticamente legalizada."

Hace énfasis el recurrente en el concepto de competencia funcional, que según él es la que ejerce el comisionado para realizar la prueba, y no que la competencia para estos eventos es la territorial, presentándose la nulidad que pretende y solicita sea declarada por esta Corporación, "por que el fondo de la cuestión no es el territorio, sino la competencia funcional", para que la diligencia se practique en la forma correcta para lo cual deberá comisionarse el funcionario que desde la demanda se indicó.

Para resolver se,

CONSIDERA

1.- El juez de conocimiento tiene competencia para decretar la prueba, que es la misma competencia que le permite asumir el proceso. Sin embargo, cuando se ha de evacuar una prueba por fuera de su jurisdicción territorial, de conformidad con el artículo 181 del c. de p.c., aplicable por remisión que a él hace el 267 del c.c.a., comisionará a otro de igual o inferior categoría quién solo adquirirá competencia para los efectos de la comisión.

2.- Conforme al art. 34 del c. de p. c., el comisionado tiene las mismas facultades que las del comitente, "inclusive las de resolver reposiciones y conceder apelaciones "; y además, en tratándose de la nulidad territorial por falta de competencia del comisionado, ésta solamente es posible alegarla en el momento de iniciarse dicha prueba, o sea, en la diligencia misma.

3.- Para la práctica de la prueba referida en el *sub-lite* sólo comisionarse a funcionarios jurisdiccionales que tengan competencia territorial para esos efectos, pues el comisionado tendrá similares facultades a las del comitente, como se desprende el texto del art. 32 ibídem, incluso para admitir y practicar los medios atinentes con la comisión. En el evento en que el comisionado no tenga la competencia territorial que la comisión requiere "devolverá inmediatamente el despacho al comitente" (art. 32 inc. final, c de p.c.).

En consecuencia, no le asiste razón al recurrente en sus argumentaciones porque es evidente que si el único juez civil existente en Natagaima es el Promiscuo que asumió y diligenció la comisión del tribunal *a quo*, lo que importa para estos eventos es la competencia territorial para evacuar la diligencia, pues como ya se dijo, la competencia funcional la transmite el comitente.

En mérito de lo brevemente expuesto, la Sección Tercera del Consejo de estado,

RESUELVE:

Confírmase el auto apelado.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE.

Se deja constancia que este auto fue estudiado y aprobado por la Sala en su sesión de fecha 16 de julio de 1.992.

Daniel Suárez Hernández, Presidente Sala; *Carlos Betancur Jaramillo, Juan de Dios Montes Hernández, Julio César Uribe Acosta.*

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

REGISTRO DE PROPONENTES-Naturaleza **REGISTRO DE PROPONENTES**-Cancelación/**SUSPENSION PROVISIONAL**

La inscripción en el registro de proponentes de una entidad pública, de cualquier orden, se reglamenta por vía general; la inscripción de una persona natural o mora en dicho registro genera, en cambio, un acto de contenido particular de carácter subjetivo en cuanto crea una situación jurídica individual en favor del inscrito. Dicha inscripción tiene una vigencia de 24 meses al lado de los cuales se revisa y, como fruto de la revisión, se modifica o se cancela. Dentro del término de vigencia de la inscripción la única causal válida para la cancelación de la inscripción en el registro es el de falsedad de los documentos que le sirvieron de base. CONFIRMA LA SUSPENSION PROVISIONAL del literal d) del artículo 13 de la Resolución No. 503 de 28 de septiembre de 1990, expedida por la Beneficencia de Antioquia.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera

Santafé de Bogotá, D.C., julio diez y siete (17) de mil novecientos noventa y dos (1992)

Consejero Ponente : *Doctor Juan de Dios Montes Hernández*

Referencia: Expediente N°. 7472 Actor : CARVAJAL S.A.-

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la Beneficencia de Antioquia el 7 de febrero de 1992, por virtud de la cual suspende provisionalmente el literal d. del artículo 13 de la

Resolución No. 503 del 28 de septiembre de 1990, expedida por la gerencia de dicha entidad.

LA PROVIDENCIA RECURRIDA

El Tribunal adoptó su decisión luego de reflexionar son esta lógica:

"A fls. 42 del expediente se solicita la suspensión provisional de los actos cuestionados, con el siguiente fundamento jurídico:

"'Solicito se suspendan provisionalmente los efectos del literal d) del artículo 13 de la Resolución N° 503 del 28 de septiembre de 1990, expedida por la Gerencia de la Beneficencia de Antioquia, por las siguientes razones:

"' El art. 13 de la resolución citada, en su literal d), al autorizar a la Beneficencia para cancelar la inscripción de una persona en el registro de proponentes de la entidad, por el incumplimiento de un contrato, infringe de manera manifiesta y ostensible el artículo 73 del Código Contencioso Administrativo y el artículo 90 de la Ordenanza N° 96 de 1985, expedida por la Asamblea Departamental de Antioquia, por cuanto la primera de estas normas señala que los entes públicos no pueden por ninguna circunstancia revocar oficiosamente los derechos subjetivos reconocidos a un administrado, sin obtener la autorización de éste, y la segunda de ellas, señala que tal inscripción solo puede ser revocada oficiosamente al vencimiento de su término de vigencia y con motivo de la revisión que se debe hacer de la misma en dicho instante, o cuando se compruebe que para su obtención se emplearon documentos falsos, pero no en ninguna otra circunstancia distinta a éstas. De donde se desprende clara y fácilmente que la norma reglamentaria acusada viola en forma patente las disposiciones aquí invocadas.

"' De la simple confrontación de las normas se deduce la violación flagrante aquí formulada.

"CONSIDERACIONES DE LA SECCION:

1. Establece el literal d) del art. 13 del acto impugnado -Resolución 503 del 28 de septiembre de 1990-, expedida por la Gerente de la Beneficencia de Antioquia.

"' Artículo 13.- CANCELACIONES DE LA INSCRIPCION. La inscripción puede ser cancelada, a petición del inscrito o de *oficio* por la Beneficencia de Antioquia.

"' Son causales para la cancelación de la inscripción por la Beneficencia de Antioquia:

"...

"' d. *El incumplimiento de contratos celebrados con la Beneficencia de Antioquia o con otras entidades o personas a juicio de la Beneficencia de Antioquia.*'

"2. En efecto, como lo predica el libelista al sustentar la solicitud para que se aplique la suspensión provisional, en manifiesto el quebranto de las normas que señala pues en primer lugar, el art. 90 de la Ordenanza 96 del Departamento de Antioquia (fls. 25 y ss.) establece en qué casos o circunstancias puede la administración disponer la cancelación de la inscripción de las personas naturales o jurídicas en el registro de proponentes, y por parte alguna del precepto aparece consagrada como causal que sirva de fundamento para una decisión en ese sentido la contemplada en el literal d). del artículo 13 de la resolución 503 de septiembre 28 de 1990 proferida por el Gerente de la Beneficencia de Antioquia, quien al proceder a expedir tal disposición entró a reglamentar un aspecto relacionado con la contratación sobre la cual ya había ejercido su competencia reguladora la Asamblea del Departamento.

"Por otra parte es evidente el quebranto del art. 73 del C.C.A., porque autoriza la cancelación de la inscripción en el registro de proponentes, por una causal no autorizada en norma superior y sin la aquiescencia previa y por escrito del titular de la situación jurídica que se desprende del escalafonamiento.

"En consecuencia y como se cumplen a satisfacción los requisitos del art. 152 del C.C.A., modificado por el 31 del Decreto 2304 de 1979, se accederá a disponer la Suspensión Provisional impetrada en la demanda." (fls. 46 a 49 del expediente).

EL RECURSO DE APELACION

El apelante consigna sus razones en un escrito visible a folios 53 y 54 del expediente, cuya falta de claridad obliga a transcribirlo integralmente; dice así:

"En término oportuno procedo a interponer recurso de apelación para ante el Consejo de estado, contra el auto de febrero 7 de 1992, por el cual se decretó suspensión provisional del artículo 13 literal 'd' y una expresión del artículo 14 de la resolución 503 de 28 de septiembre de 1990 expedida por la gerencia de la Beneficencia de Antioquia.

"Como fundamento del recurso expresó (sic) a Usted, que las Entidades Descentralizadas como es el caso de la Beneficencia de Antioquia, a pesar de indicarse en los Estatutos su Adscripción a la Secretaría de

Salud de Antioquia (que sólo lo es para control de tutela), pues se conserva por BENEDAN personería jurídica independiente, autonomías administrativa y financiera, para los eventos de las normas sobre formación y adjudicación de contratos, normas de las cuales hace parte la expedición del Decreto Ley 1221 de 1992, compilado en el decreto ley 1.222 de 1986, y recogida la disposición en el artículo 22 de los Estatutos de la Beneficencia de Antioquia.

"Como fundamento de esta normatividades, y en el decreto Ley 222 (sic) de 1986 y el Código Fiscal de Antioquia, se complemento, dentro de la órbita de competencia del Gerente, según los Estatutos que rigen la Entidad, la reglamentación sobre registros de proponentes, determinando uno especial para el suministro e impresión de billetes de lotería, formularios de apuestas, rollos para tickets, y formas representativas de valores que requiera la Entidad. A dicha reglamentación se acogió Carvajal S.A., y de hecho, al aceptar la reglamentación sin haberle interpuesto recursos, motivó una permisión general para modificarle sus situaciones de carácter particular y concreto en relación con su calificación y clasificación en el registro. En esa forma, no puede expresare que existió violación manifiesta al artículo 73 del decreto ley 01 de 1984, al expedir la Beneficencia de Antioquia, las normas acusadas de nulidad. Habida consideración de un incumplimiento grave de Carvajal S.A., con un contrato en ejecución con la misma Beneficencia de Antioquia, esta, con las informaciones que por el incumplimiento en la ejecución del contrato obtenía, podía proceder conforme a la reglamentación válidamente expedida.

"La revisión de las condiciones de calificación y clasificación, en el registro a que se refiere la resolución 503 citada, sí puede efectuarse dentro del término de la calificación y clasificación que rija, y no al vencimiento de los 24 meses de que trata el artículo 90 de la Ordenanza 96 de 1985, pues el reglamento es especial, para Entidades descentralizadas autónomas. Es más, la ordenanza 96 de 1985, como estatuto de control fiscal, no puede ya tenerse por aplicable, pues fue expedida nueva ordenanza (55 de Diciembre 30 de 1991) que no contempla normas sobre formación y adjudicación de contratos, pues las funciones del estatuto fiscal, se refieren ya sólo al control posterior, de gestión y resultados, fianzas, etc.

"Creado ya este vacío, y en vigencia la Nueva Constitución Política de Colombia, el art. 90 de la Ordenanza 96 de 1985, es totalmente insubsistente, y no puede tomarse como referencia para considerar la violación manifiesta de la Ley y el reglamento. Por el contrario, la ley que otorga autonomía a los órganos directivos de las Entidades Descentralizadas Departamentales, es de superior aplicación, incluso de preferencia ya al decreto ley 222 (sic) de 1986, en cuanto hace

también relación a las normas que allí se dictan sobre formación y adjudicación de contratos, especialmente las relacionadas con los registros.

"En término oportuno, aportaré la copia de la Nueva Ordenanza que contiene el estatuto Fiscal para Antioquia." (fis. 53 y 54).

Entiende la Sala que los argumentos de la impugnación son los siguientes:

a) El Decreto Ley 1221 de 1992, "compilado en el Decreto Ley 1222 de 1986 y en el artículo 22 de los estatutos de la Beneficencia de Antioquia, otorga autonomía a esta entidad, para dictar normas sobre formación y adjudicación de contratos.

b) La reglamentación sobre registros de proponentes, en especial, el correspondiente a suministro e impresión de billetes de lotería, formularios de apuestas, rollos para tickets y formas representativas de valores que requiere la entidad, fue expedida por el Gerente con fundamento en la normación antes citada, en el Decreto Ley 1222 de 1986 y en el Código Fiscal de Antioquia.

c) A dicha reglamentación se acogió la actora "sin haberle interpuesto recursos", para lo cual no puede tacharla de quebrantar el artículo 73 del C.C.A.

d) La Ordenanza 96 de 1985 fue subrogada por la N° 55 de diciembre 30 de 1991 y por lo tanto no puede servir de marco de referencia para la revisión de legalidad del acto suspendido.

La procedencia de la suspensión provisional requiere, cuando la acción ejercida es la de simple nulidad, que "haya manifiesta infracción de una de las disposiciones invocadas como fundamento de la misma" (artículo 152-2 del C.C.A.); tal deducido exige que se haga una comparación normativa entre la disposición superior que se estima vulnerada y el acto administrativo que se cuestiona.

En el caso que examina la Sala, el actor ha colocado en uno de los extremos, los artículos 90 de la Ordenanza N° 96 de 1985 expedida por la Asamblea Departamental de Antioquia y el 73 del C.C.A., y en el otro el literal d) del artículo 13 de la resolución No. 503 del 28 de septiembre de 1990 proferida por la Gerencia de la Beneficencia de Antioquia,

Para efectos de establecer la existencia o no de la contradicción manifiesta entre tales extremos, la Sala juzga conveniente transcribir en su integridad:

I.- a) *Artículo 90* de la Ordenanza N° 96 de 1985:

"Disposiciones comunes a los registros. Toda persona natural o jurídica que reúna los requisitos que para efecto se señalen, podrá presentar la documentación correspondiente para ser clasificada en el respectivo registro de proponentes.

"Las personas inscritas en el registro de proponentes podrán solicitar que se actualice su calificación durante los plazos que señalen las entidades contratantes, presentando los documentos a que hubiere lugar.

"Para la actualización del registro podrán utilizarse formularios especiales. La calificación y clasificación de los proponentes tendrá vigencia de veinticuatro meses (24), transcurridos los cuales, para poder licitar, concursar o contratar, según el caso, el interesado deberá presentar oportunamente los documentos que la respectiva entidad considere necesarios para conocer las calidades actuales del inscrito.

"Con base en esta revisión, pueden modificarse o cancelarse la calificación y clasificación.

"Las sociedades matrices podrán allegar información sobre sus filiales o subsidiarias, siempre y cuando éstas tengan por objeto actividades similares o complementarias. En tal caso, deberán suministrar datos sobre organización, personal, experiencia, contratos ejecutados y en vía de ejecución, balances de las sociedades subordinadas y sobre participación financiera de la sociedad principal en ellas.

"Si las filiales subsidiarias desean inscribirse, lo deberán hacer en formulario separado y con documentación diferente de la de su sociedad matriz.

"La calificación y clasificación en el respectivo registro regirá para todas las propuestas que en el inscrito presente.

"Cuando la entidad descubra falsedad en los documentos que sirvieron de base para la inscripción, actualización o revisión, procederá a cancelar dicha inscripción.

"El registro de proponentes es documento público y, por lo tanto, cualquier persona puede solicitar que se le expidan certificaciones sobre las inscripciones, calificaciones y clasificación que contenga.

"Parágrafo: Para efectos del control fiscal, la Administración comunicará a la Contraloría Departamental el registro y las novedades que se realicen conforme al presente artículo.

"El registro de proponentes se hará de acuerdo con la reglamentación especial expedida por el Gobierno Departamental." (fl 37).

b) Artículo 73 del C.C.A.:

"Revocación de los actos de carácter particular y concreto. Cuando un acto administrativo haya creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreto o reconocido un derecho de igual categoría, no podrá ser revocado sin el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular.

"Pero habrá lugar a la revocación de esos actos, cuando resulten de la aplicación del silencio administrativo positivo, si se dan causales previstas en el artículo 69, o si fuere evidente que el acto ocurrió por medios ilegales.

"Además, siempre podrán revocarse parcialmente los actos administrativos en cuanto sea necesario para corregir simples errores aritméticos, o de hecho que no incidan en el sentido de la decisión."

II. La parte correspondiente del artículo acusado:

"CANCELACION DE LA INSCRIPCION: La inscripción puede ser cancelada, a petición del inscrito o de oficio por la BENEFICENCIA DE ANTIOQUIA.

"Son causales para la cancelación de la inscripción por la BENEFICENCIA DE ANTIOQUIA". (fl. 16 C. 1).

"...

"d. El incumplimiento de contratos celebrados con la BENEFICENCIA DE ANTIOQUIA o con otras entidades a juicio de la BENEFICENCIA DE ANTIOQUIA" (fl. 16 *ibídem*).

De los dos preceptos se deduce:

a. La inscripción en el registro de proponentes de una entidad pública, de cualquier orden, se reglamenta por vía general; lo anterior significa que la resolución acusada contiene un acto administrativo de tal naturaleza.

b. La inscripción de una persona natural o moral en dicho registro genera, en cambio, un acto de contenido particular de carácter subjetivo en cuanto crea una situación jurídica individual en favor del inscrito.

c. Dicha inscripción tiene una vigencia de 24 meses al cabo de los cuales se revisa y, como fruto de la revisión, se modifica o se cancela.

d. Dentro del término de vigencia de la inscripción la única causal válida para la cancelación de la inscripción en el registro es el de falsedad de los documentos que le sirvieron de base.

Siendo válidas las anteriores conclusiones, es claro que la contravención de la disposición ordenanza por el literal d. del artículo 13 de la resolución acusada, es evidente. En efecto, de la simple lectura de las normas comparadas se desprende que la última señala una causal no prevista en la primera.

Frente a esta realidad no se puede esgrimir la autonomía administrativa de que goza la Beneficencia de Antioquia, puesto que la Ordenanza N° 90, sometió a sus preceptos en materia de contratos, tanto a la "administración departamental" como a "sus entidades descentralizadas" (artículos 14, 228 y 229); y la Ordenanza N° 55 de 1991 que el recurrente enuncia como derogatoria de la N°. 96 de 1985, no se trajo al proceso, lo cual impide constatar la veracidad de su afirmación.

En consecuencia existe una ostensible oposición entre el aparte de la resolución que se ha acusado y el precepto ordenanzal y, por consiguiente, está cumplida la exigencia del artículo 152 del C.C.A. para la procedencia de la suspensión provisional.

La providencia apelada será, pues, confirmada. Respecto del artículo 73 del C.C.A. la contraposición, si existe, no reviste la evidencia que requiere la medida precautoria; en efecto, si bien nada impide un acto general - como en el acusado - infrinja la disposición de dicho artículo, es lo cierto que en este caso, la propia ordenanza previó la revocatoria del registro *sin mas condiciones* que la falsedad de los documentos que le sirvieron de fundamento, asunto que podría estar contenido dentro de las competencias atribuidas por el artículo 81 del C.C.A.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera,

RESUELVE:

Confírmase el auto apelado

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de fecha diez y seis (16) de julio de mil novecientos noventa y dos (1992).

Daniel Suárez Hernández, Presidente de la Sala; *Juan de Dios Montes Hernández, Carlos Betancur Jaramillo, Julio César Uribe Acosta.*

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

FALLA DEL SERVICIO-Electrocución/**FALLA DEL SERVICIO DE ENERGIA ELECTRICA/PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD**

Aunque en el proceso no exista prueba técnica que acredita cual fue la causa para que la concretadora se energizara, es lo cierto que de la prueba testimonial fluye que ello no ocurrió ni por fuerza mayor, ni por el hecho de un tercero ni por culpa exclusiva de la víctima. El sentenciador se encuentra, frente a un caso más, en que la administración contrata las obras con terceros, pero queda sin doliente, esto es, sin quien controle los equipos, su instalación y funcionamiento. Si Colombia quiere ser un Estado fundado en la dignidad de la persona humana, y en la solidaridad de las personas que la integran, tiene que aceptar que el verdadero lazo social del mundo moderno es la solidaridad, pues bajo su ejida se agrupan los hombres o se oponen a otros grupos.

ACCION DE REPETICION

Tanta negligencia -en el *sub lite*- lleva al sentenciador a disponer que el municipio, en los términos del artículo 90 de la Constitución Nacional, accione contra el contratista y contra el interventor de la obra, para tratar de repetir el monto de la condena.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera

Santafé de Bogotá, D.C., Julio treinta (30) de mil novecientos noventa y dos (1992)

Consejero Ponente : *Doctor Julio César Uribe Acosta*

Referencia: Expediente N°. 7217 Actor: Rosa Amelia Areiza de Ospina. Demandado: Municipio de Pereira.

-I-

Agotada la tramitación procesal de ley, sin que se observe causal de nulidad que vicie la actuación, procede la sala a desatar el recurso de apelación interpuesto por la apoderada del centro de imputación jurídica demandado, contra la sentencia calendada el día veintiocho (28) de noviembre de mil novecientos noventa y uno (1991), proferida por el Tribunal administrativo de Risaralda, que en su parte resolutiva, DISPUSO:

"1. Se declara administrativamente responsable al Municipio de Pereira, de la muerte de Jhon Jairo Ospina Areiza ocurrida el 23 de mayo de 1.990.

"2. En consecuencia se condena en concreto al Municipio de Pereira, a pagar por concepto de perjuicios morales a Rosa Amelia Areiza de Ospina con cédula 21.617.228 el equivalente a mil (1.000) gramos de oro, al menor Victor Hugo Ospina Areiza, a Luz Marina Ospina Areiza con cédula 42.091.090, a María Edilma Ospina Areiza con cédula 42.077.597, a María Fanny Ospina Areiza con cédula 51.788.573, a Francisco Javier Ospina Areiza con cédula 10.084.605, a María Rocío Ospina Areiza con cédula 39.402.523, a María del Carmen Ospina Areiza con cédula 42.059.164 y a Hernán Darío Ospina Areiza con cédula 10.107.686, el equivalente a quinientos (500) gramos de oro a cada uno.

"3. Los valores de las condenas se determinarán por el valor del oro a la fecha de la ejecutoria de esta sentencia, valor que certifique el Banco de la República. Las sumas así determinadas devengarán intereses comerciales durante seis (6) meses contados a partir de la ejecutoria de esta sentencia y de ahí en adelante devengarán intereses de mora.

"4. A la presente sentencia se le dará cumplimiento dentro del término señalado en el artículo 176 C.C.A. Para su efectividad se enviará copia al respectivo Agente del Ministerio Público.

"5. Comuníquese esta sentencia al Sr. Alcalde de Pereira.

Para la mejor comprensión jurídica de todas las circunstancias legales, generales y particulares del caso, se transcribe a continuación lo pertinente del fallo, en el cual se razona judicialmente dentro del siguiente temperamento:

"1. En ejercicio de la acción de reparación directa se presentó demanda contra el Municipio de Pereira. Son demandantes: Rosa Amelia Areiza

de Ospina, Luz Marina, María Edilma, María Fanny, Francisco Javier, María Rocío, María del Carmen, Hernán Darío y Victor Hugo Ospina Areiza, este último menor de edad que actúa representado por su madre.

"2. El petitum lo integran las siguientes pretensiones:

"Que se declare al Municipio de Pereira administrativamente responsable de los perjuicios ocasionados con la muerte de Jhon Jairo Ospina Areiza ocurrida el 23 de mayo de 1990.

"Que en consecuencia se condene al municipio de Pereira a pagar a cada uno de los actores por concepto de perjuicios morales, el equivalente a mil gramos de oro, y los intereses respectivos.

"3. Los hechos expuestos como fundamento de las pretensiones, son en síntesis:

"El municipio contrató con Oscar Fernando Solarte la pavimentación de la cancha múltiple en la escuela de la vereda Camilo Torres. En ejecución de esa obra uno de los trabajadores, Jhon Jairo Ospina, acudió en auxilio de un compañero que manejaba una concretadora y había quedado prendido, sin poder separarse, de la máquina por paso de la corriente eléctrica. El Sr. Ospina quedó igualmente prendido a la concretadora y por efecto de la corriente murió por electrocución, como le dice el protocolo de necropsia. Los hechos ocurrieron el 23 de mayo de 1990.

"La concretadora se energizó por contacto que con su superficie hicieron los cables que le suministraban la energía. "El hecho se debió a una falta de la administración, pues, no se le brindó seguridad adecuada a los obreros entre los que se encontraba Jhon Jairo Ospina Areiza, superándose los riesgos propios de la actividad para la cual habían sido contratados..." (fl.39).

"Los actores sufrieron con la muerte de Jhon Jairo Ospina perjuicios morales como madre y hermanos de la víctima "dadas las especiales relaciones de fraternidad, aprecio y ayuda mutua existentes entre la víctima y sus familiares..." (fl. 40)

CONSIDERACIONES

"1. El asunto por la naturaleza de la pretensión y causa petendi que se hace consistir por la demanda en daño ocasionado por una conducta de la administración que rebasó los riesgos normales o propios del servicio, es competencia de esta jurisdicción independientemente de la naturaleza del vínculo laboral de la víctima y en virtud del cual se desempeñaba

como obrero en la construcción de una obra del municipio. Por el lugar donde ocurrieron los hechos y por la cuantía de cada una de las pretensiones, el equivalente en febrero de 1991 a 1.000 gramos oro o sean $7.082.850.oo., según certificación de folio 83, es el asunto de competencia de este Tribunal en primera instancia.

"2. Está probado fehacientemente que Jhon Jairo Ospina laboraba en la construcción de una cancha deportiva que por cuenta del municipio de Pereira construía un contratista, y que estando en ejecución o desarrollo de su vinculación laboral sufrió el accidente que narra la demanda. Igualmente está acreditado que su muerte fue consecuencia del accidente. Así lo comprueba el protocolo de necropsia, según el cual la muerte "fue consecuencia natural y directa del paro cardíaco, secundario a fibrilación ventricular, por electrocución, de naturaleza necesariamente mortal...." (fls. 33 y 34). El fallecimiento se probó (fl. 24 A) con la certificación del Notario Primero de Pereira de que al folio 542872 está inscrito el deceso de Jhon Jairo Ospina Areiza ocurrido el 23 de mayo de 1990. Los hechos mencionados en el párrafo que antecede no sólo se encuentran probados, sino que no son cuestionados por ninguna de las partes.

"3. Se plantea la responsabilidad de la administración por daño sufrido por un tercero con ocasión de obras realizadas por contratistas. Sobre este tema ha puntualizado el H. Consejo de Estado:

"Cuando la administración contrata la ejecución de una obra pública es como si la ejecutara directamente. Es ella la dueña de la obra: Su pago afecta siempre el patrimonio estatal y su realización obedece siempre a razones de servicio y de interés general. El hecho de que no la ejecute con personal vinculado a su servicio obedece, la más de las veces a insuficiencia o incapacidad técnica de su propio personal o a falta de equipo adecuado. Por tal razón la administración, sin que por eso pierda la actividad el carácter de público, debe acudir a la colaboración de los particulares para el cumplimiento de ciertos cometidos de servicio. La colaboración en el caso de obra pública no vuelve privada esa actividad, como no le quita el carácter de público al trabajo así ejecutado. Esa colaboración por participación cuando es voluntaria, caso del contratante de la administración cuya actividad tienda a la prestación o ejecución de un servicio público, hace a ese particular partícipe ocasional de la función pública no en calidad de agente o funcionario sino como un órgano más en la gestión estatal. En otros términos: El contratista de una obra pública no se vuelve agente de la administración ni funcionario suyo; es ella misma la que actúa. Hay aquí una ficción de orden legal. Ni siquiera puede hablarse que la entidad contratante responda en forma indirecta por el hecho del contratista. No, la responsabilidad es simplemente directa, así como lo es la responsabilidad estatal por el

hecho de un funcionario o empleado público...." (C. E. Sección Tercera, octubre 9/85, Anales 1985, Seg. Semestre págs. 314 y 315). Esta tesis la reiteró la misma corporación en sentencia de julio 5/88 (Sección Tercera, exp. 5084 extracto 96 de 1988, Tomo 1, pág. 248).

"4. Se tiene aclarado por la jurisprudencia que la administración es responsable extracontractualmente cuando un servidor público perece, o sufre daño, con ocasión de sus labores propias de un riesgo especial, entendiendo por éste no el de una actividad propia, que de por sí puede ser peligrosa, sino el que revista condiciones de excepcionalidad. Se trata de una responsabilidad sujeta al régimen de la responsabilidad por falla en el servicio, con el factor adicional que el daño debe ser por fuera de los riesgos normales de la actividad, como atrás se señaló. Se trata en este caso de la llamada indemnización a forfait.

"Los supuestos estructurales de la responsabilidad de la administración por falla en el servicio han sido señalados por la doctrina así: "A) La existencia de un hecho constitutivo de la falla o falta del servicio. B) Daño o perjuicio sufrido por los demandantes. c) Que el daño sea consecuencia cierta e inevitable del hecho imputable a la administración". Igualmente ha definido la doctrina que la administración se exonera si aparece demostrado uno de estos hechos: A) Fuerza mayor. B) Culpa exclusiva de la víctima. C) Hecho de un tercero.

"5. En el período probatorio la parte actora se encaminó a demostrar, estimándolo como constitutivo de falla en el servicio, que ni a la víctima ni a los trabajadores de la obra se les dotó de elementos aislantes de la corriente eléctrica. En el capítulo de los hechos se había enunciado en la demanda: "El hecho se debió a una falta de la administración, pues no se le brindó seguridad adecuada a los obreros entre los que se encontraba Jhon Jairo Ospina Areiza, superándose los riesgos propios de la actividad para la cual habían sido contratados..." (fl. 39). Sobre este particular cabe señalar que la confección de una placa de concreto sobre el suelo previa adecuación de éste, no exige como medidas de seguridad para evitar contactos con la energía eléctrica, y que específicamente el manejo de una concretadora no es operación que de suyo tenga riesgo de recibir la corriente eléctrica. Como lo dicen algunos declarantes, vinculados a labores de construcción, la energización ocurrida, en este caso, es un hecho insólito, inusual. Lo anotado revela que no pude calificarse de falla del servicio el no suministro de esa clase de elementos protectores contra la electricidad, pues no se trataría de una omisión de una medida de seguridad que requiera la actividad de construir una loza de concreto. Los guantes que se acostumbra utilizar en este tipo de actividades, no son para evitar el paso de energía eléctrica, sino como lo expresó un declarante, ingeniero civil (fl. 114) "para suavizar el contacto con baldes o con objetos que los puedan cortar, los

guantes que se suministran son de cuero y si el cuero se moja no asila la energía, las botas son también para evitar los daños físicos pero no por contacto eléctrico, y el casco para evitar golpes en la cabeza. Ninguno de esos elementos sirve para prevenir los riesgos en casos de electricidad, pues si se mojan ahí no hay aislamiento de ninguna especie, y en este tipo de obras se utiliza el agua, en ese tipo de obras no se exige ningún tipo de aislamiento para los obreros respecto de la electricidad, esto por razón de la naturaleza de la obra....".

"Se ha alegado, sin que se enunciara en los hechos de la demanda, que hubo falla del servicio por un hecho que se expone en el alegato de conclusión y a cuya comprobación se dirigió parte de la actividad de los actores en el período probatorio, hecho consistente en no haber contratado un maestro de obra experto en electricidad, ni haber contratado mano de obra calificada para cada una de las diversas labores de la construcción de la cancha.

"En el alegato de conclusión se argumenta por la parte actora:

"...podemos notar que quien efectuara la instalación eléctrica no tenía conocimientos básicos de electricidad. Es el mismo Solarte Robledo (contratista) quien afirma que no contrató al maestro de obra José Jairo Castaño en virtud de su experiencia como electricista, aspecto que este confirma...sino se requería de una persona experta para operar la concretadora al parecer único instrumento eléctrico y de cuidado en la obra), mucho menos se contrataría personal especializado para llevar una carreta, o para revolver la mezcla, etc. A ello agréguese, según los testimonios recogidos, a nadie se contrató atendiendo labor determinada, salvo al maestro de obra quien dirigía los obreros y distribuía las labores...." (fl. 156).

"La falla del servicio no puede hacerse radicar en la no contratación de un experto electricista, ni en no haber exigido especialización alguna a los obreros. La naturaleza de la obra requería sólo en su parte operativa, de un maestro de obra que si se contrató. Para conectar los cables que tenía para recibir la energía la concretadora a la red domiciliaria, sería una exageración buscar un experto electricista. Se trata de una operación sencilla del dominio común en trabajadores de varias actividades, entre ellas la construcción. Igual ocurre con el manejo de la concretadora que no es labor especializada. Siendo el contratista un ingeniero civil a él le correspondía la dirección y decisiones que requirieran conocimiento en esa rama del saber. No debe perderse de vista que se trataba de una obra relativamente pequeña.

"6. Sobre cómo o por qué se energizó la concretadora, el acervo probatorio sobre el particular permite concluir que ello ocurrió por

contacto de su superficie con parte desnuda de los cables que le suministraban energía al motor. En efecto se sabe que la concretadora, con anterioridad inmediata al accidente estaba en normal estado de funcionamiento y continuó estándolo con posterioridad, sin necesidad de revisión o reparación alguna. Así se desprende de las versiones de los declarantes Jairo Castaño, Fabio López, Pedro Pablo Díaz. De las personas que laboraban en la obra y estaban allí al momento del accidente, dos señales a quisa de hipótesis , que el accidente debió ocasionarse por contacto con el alambre donde estaba pelado. Jairo Castaño, maestro de obra y quien cortó los cables para lograr desenergizar la máquina, dice: "Yo oí por ahí unos rumores que había sido pelamiento de cable, pero sin saber que cable fue..." (fl. 107). Fabián López, quien manifiesta ser primo de Henry Moreno, uno de los que quedaron prendidos a la concretadora, expresa: "según lo creo yo, fue por el cable que se peló, o estaba pelado por la corrida del aparato..." (fl. 119), y agrega: "...Una falla fue porque la cuchilla que apagaba la máquina no apagaba la energía porque estaba pegada al mismo trompo, esa cuchilla apagaba la máquina no más. La medida que se debiera haber tomado para que la máquina no se energizara, era no haberla movido..." (fl. 120). Por su parte Javier Antonio Castañeda, el último en declarar relata: "En ese momento yo estaba manejando la máquina concretadora, nos pusimos a trabajar, la concretadora tenía unos cables pelados, 'entonces ahí fue donde la máquina se electrocutó, y ahí me quedé pegado por las manos a la manivela de la máquina. Entonces el Sr. Henry fue a salvarme y se quedó pegado ahí, cuando el Sr. el muerto Jhon Jairo Ospina fue a salvarnos y entonces también se quedó pegado de la máquina...A Henry y a mí eso nos pasó naturalmente al rato, y Jhon Jairo murió ahí al pie de la máquina..." (fl. 143). Más adelante agrega: "...las peladuras de los cables estaban debajo del motor, rozaban con la lámina de la concretadora.... (fl. 143). Yo me di cuenta de las peladuras del cable cuando hubo el accidente..." (fl. 144). Solamente el último de los declarantes afirma en forma clara que los alambres presentaban peladuras, señalando en que parte de la concretadora se produjo el contacto con ellos. Su versión merece ser acogida a pesar de no mencionar el cambio de sitio del aparato que refiere el declarante Fabián López (fls. 119 y 120), operación a la que atribuye este testigo el que se haya producido el contacto eléctrico.

"7. Si bien la conexión de la concretadora era una actividad simple, que no exigía operario especializado, ello no significa que debiera hacerse en forma descuidada, y que igualmente si la máquina se iba a trasladar hacia el lugar de los cables, no se tuviera un mínimo de cuidado. No haberse procedido con ese mínimo de atención constituye culpa, a la que según las pruebas producidas fue ajeno el fallecido Jhon Jairo Ospina. Ese comportamiento descuidado creó un riesgo que estaba por fuera del

normal que comporta un trabajo de la naturaleza y características de la construcción de una obra de pavimento de una cancha.

"El nexo causal entre la falla del servicio y la muerte del Sr. Ospina se configura, sin que pueda predicarse concurrencia de culpa de la víctima, y menos que a su culpa se debe exclusivamente el daño. No puede calificarse de culposa su actividad de colaboración con dos compañeros de labores que se encontraban inmovilizados por la corriente eléctrica. De otro lado la responsabilidad de la administración no es afectada por la concausa que pudieran configurar las condiciones físicas de la víctima que concurrieron a ocasionar su muerte, en circunstancias en que la mayoría de las personas simplemente se ven momentáneamente afectadas, como ocurrió en este caso a los otros dos obreros que entraron en contacto con la concretadora. Se dan pues los elementos de falla en el servicio por fuera del riesgo profesional, daño y nexo causal que dan lugar a responsabilidad extracontractual del Estado y por consiguiente al derecho de obtener los perjudicados una indemnización plena.

"8. Por la muerte de Jhon Jairo Ospina Areiza, sus parientes demandantes reclaman indemnización de perjuicios invocando las calidades de madre y hermanos de la víctima. Tales parentescos se acreditan con las siguientes pruebas de estado civil expedidas por el Notario del Círculo de Caramanta.

"Certificación de que en el fl. 20 tomo 22 está inscrito el nacimiento de Jhon Jairo Ospina Areiza ocurrido el 25 de junio de 1964, hijo de Genaro y Rosa Amelia. (fl. 25).

"Certificación de que en el archivo de matrimonios. folio 176 de junio 11 de 1953 está inscrito el matrimonio de Genaro de Jesús Ospina Patiño y Rosa Amelia Areiza Brand ocurrido el 11 de junio de 1953 (fl. 26).

"Certificaciones sobre los registros de nacimientos asentados así: Tomo 20 fl. 199; tomo 29 fl. 140; tomo 14 fl. 287; fl.2761456, correspondientes a María Fanny Ospina Areiza, Francisco Javier Ospina Areiza, María del Carmen Ospina Areiza y Hernán Darío Ospina Areiza, nacidos en noviembre 23/62, enero 2/55, julio 5/57, septiembre 5/61, quienes aparecen como hijos de Genaro y Rosa Amelia. (fls. 19, 20, 22 y 23).

"Sendas certificaciones del Notario de Guática sobre los registros de nacimiento de Luz Marina y María Edilma Ospina Areiza asentados en el tomo 1o. pág. 117/67 y serial 03284618/78, ocurridos en octubre 18/67 y en mayo 16/66, apareciendo ambas como hijas de Genaro Ospina y Rosa Amelia Areiza.

"Certificaciones de los Srs. Alcaldes de Caldas (Antioquia) y Dosquebradas (Rda.) de que en el fl. 325 se registró el nacimiento de María Rocío ocurrido el 14 de febrero de 1958, y en el libro 14 fl. 50, serial 7826748 aparece inscrito el nacimiento de Victor Hugo Ospina Areiza ocurrido el 15 de julio de 1975, quienes aparecen como hijos de Genaro de Jesús Ospina y Rosa Amelia Areiza.

"9. Comprobado que la demandante Rosa Amelia Areiza de Ospina es la madre de Jhon Jairo Ospina Areiza, los perjuicios morales se presumen como lo tiene establecido la jurisprudencia. La indemnización se fijará en el equivalente a mil gramos de oro.

"10. Ha señalado la jurisprudencia que el reconocimiento de perjuicios morales para los hermanos de la víctima requiere a mas de la comprobación del parentesco, la prueba, al menos de una de estas circunstancias: trato afectivo, mutuo auxilio o socorro, o que compartiera el mismo hogar o techo con la víctima.

"Los declarantes José Gustavo Escobar Palacio, Manuel Salvador Betancur Salinas y Rosalía Tobón de Muñoz, (fls. 122, 126 y 130) relatan que Jhon Jairo Ospina vivía con su madre y hermanos, dándose entre estos relaciones fraternales muy acendradas.

"Acreditado que los demandantes hermanos de Jhon Jairo Ospina Areiza, compartían con éste el mismo hogar, es procedente el reconocimiento de perjuicios morales. Según pautas jurisprudenciales se tasará la indemnización, para cada uno de ellos, en el equivalente a quinientos gramos de oro.

-II-.

SUSTENTACION DEL RECURSO

A folios 190 y siguientes del cuaderno Nro.1, obra el escrito en que la apoderada del Municipio de Pereira hace sus valoraciones de naturaleza jurídica y fáctica, orientadas a defender la perspectiva desde la cual ella ha estudiado el caso. Dadas las limitaciones que el racionamiento de la energía eléctrica genera en el trabajo, se sintetizan sus puntos de discrepancia así:

a) No existe en el proceso una prueba técnica que sirva de base para deducir que la concretadora se energizó, porque tenía un cable pelado, ninguno de los testigos supo a ciencia cierta qué produjo el fenómeno de la energización de la máquina;

b) No se analizó la actitud de la víctima cuando asumió el riesgo que le produjo la muerte. En este particular precisa: "En el momento de presentarse

el fenómeno en la máquina concretadora el Señor Jhon Jairo Ospina Areiza en una forma intempestiva corrió a auxiliar al trabajador que estaba pegado a la máquina, sin tomar una mínima medida de seguridad para proteger su propia vida... el querer ayudar a un compañero en peligro, no significa que deba abstenerse de obrar con el cuidado y diligencia, tal como lo hizo el Señor José Jairo Castaño, que en lugar de pegarse a los compañeros y a la máquina energizada, procedió a cortar los cables. Está si es una actuación de una persona prudente y diligente, que supo actuar en un momento de emergencia, para salvar a sus compañeros."

-III-.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

A) La sentencia impugnada será confirmada, pues en ella se hace una seria y prudente valoración de todas las circunstancias particulares del caso, por lo cual cabe concluir que, en todo su universo, se ajusta a la ley y al derecho.

Aunque en el proceso no exista prueba técnica que acredite cuál fue la causa para que la concretadora se energizara, es lo cierto que de la prueba testimonial fluye que ello no ocurrió ni por fuerza mayor, ni por el hecho de un tercero ni por culpa exclusiva de la víctima. El contratista mismo, Señor OSCAR FERNANDO SOLARTE, al rendir su testimonio, dice que la concretadora se energizó y que por ser la obra tan sencilla no tomó ninguna medida de seguridad en relación con sus trabajadores. La máquina fue instalada por el maestro José Jairo Castaño, quien no es electricista, y como lo dice el mismo deponente, no fue revisada mientras estuvo en funcionamiento. Tampoco en el momento en que fue instalada. Al ser preguntado: "Ud. verificó la instalación de la concretadora...CONTESTO: No la verifiqué porque el día que la llevó don Pedro Díaz y la instaló, yo no estaba, allí se encontraba el Maestro a cargo. La concretadora se instalaba diariamente y lo hacía el Maestro.".

El declarante Sr. José Jairo Cardona quien instaló la máquina y presenció la tragedia, ilustra al sentenciador dentro del siguiente perfil:.

> "En ese momento él y yo estábamos cortando placas, es decir vaciando una plancha de concreto y cortar la placa es nivelarla, estando allí cortando esa placa sentimos los quejidos o la bulla dentro de la máquina, que estaba por ahí a unos 16 mts. de nosotros, en ese instante oímos decir que estaba electrizado el aparato, la máquina concretadora, y que Henry un trabajador estaba pegado de la máquina, en esos ires y venires, yo volé a ver que era lo que sucedía y estaba sucediendo lo que dije adelante, cuando ya llegamos ahí, este joven Jhon Jairo estaba prestando auxilio al compañero mientras yo iba a cortar los cables de la concretadora

y mientras los corté, ya cuando se cortó el cable cayeron al suelo los dos, Jhon Jairo y Henry que eran los que estaban electrocutados, ya se le prestó el auxilio a ambos, dando con tan mala suerte que el muerte fue Jhon Jairo, inmediatamente se trabajo acá a la ciudad y el testimonio fue que ya estaba muerto cuando llegaron al hospital.

Este mismo deponente agrega que en el trabajo no había medidas de seguridad "...y a nosotros no nos dieron implementos de dotación, nada. Las medidas de seguridad que deben tomarse son de las que se dote al obrero de los implementos necesarios y allí no los hubo. Esos implementos son: casco, uniforme, guantes, botas y carpas, esos son los implementos mas necesarios que deben tomar los obreros de la construcción, también servicios médicos..."

Agrega, igualmente, que no es electricista de profesión, que no revisó la máquina antes de instalarla, y que el cable necesario para hacer la conexión no venía con ella, motivo por el cual lo tuvo que adquirir "*POR MIS PROPIOS MEDIOS, O MEJOR, ERA DE MI PROPIEDAD*".

Como si lo anterior fuera poco, el Señor JUAN CARLOS MORALES, Ingeniero Civil de la Interventoría de la Secretaría de Desarrollo Comunitario, y quien era el interventor de la obra, al ser interrogado dentro del siguiente temperamento, dijo: "Concretando el asunto, sírvase decirnos si en obras como la construcción de la cancha de Basquetboll (sic) de la Escuela Camilo Torres, desde el punto de vista de la Ingeniería se debe exigir el uso de guantes aislantes de la energía eléctrica. CONTESTO: *No porque cuando uno alquila un aparato de estos, por lo general el aparato lo alquilan con el operario que lo maneja*, estos no usan guantes aislantes de la energía porque allí no va a haber contacto directo con ningún cable, es un tomacorriente normal que se conecta a un suiche o a una cuchilla." (Subrayas de la Sala).

Agrégase a todo lo anterior lo expuesto por el Señor JOSE FABIAN LOPEZ, quien también presenció la tragedia, quien sin vacilaciones afirma que el accidente se debió a que uno de los cables estaba pelado. "*...de no haber sido por el cable pelado, no habría pasado nada...*". Otra falla, anota, "... fue porque *la cuchilla que apagaba la máquina no apagaba la energía porque estaba pegada al mismo trompo, esa cuchilla apagaba la máquina no mas. La medida que se debiera haber tomado para que la máquina no se energizara, era no haberla movido*". (Subraya de Sala).

El sentenciador se encuentra, pues, frente a un caso mas, de los muchos que suelen presentarse, en que la administración contrata las obras con terceros, pero se queda sin doliente, esto es, sin quien controle los equipos, su instalación y funcionamiento. Interventores que por no estar en el sitio de trabajo sólo se vienen a dar cuenta de los hechos mucho tiempo después de que estos han ocurrido, pues se limitan a poner en marcha los trabajos pero no vuelven sino cuando está terminada la obra, con el argumento de que no había "*VEHICULO*

PARA HACER VISITAS PERIODICAS". En este momento del discurso, cabe preguntar: Frente a tanta incuria, será posible atender la defensa del centro de imputación jurídica demandado? Se alquilan máquinas sin sus operarios para que sean manejadas por terceros inexpertos, y, por contera, los mismos trabajadores tienen que colaborar para facilitar el cable que se requiere para ponerla en funcionamiento. Con el argumento de que la tarea es tan fácil, como instalar una plancha o una licuadora, como lo predica el interventor, se deja a los trabajadores a la buena de Dios, sin orientación ni control. Tanta negligencia lleva al sentenciador a disponer que el Municipio de Pereira, en los términos del artículo 90 de la Constitución Nacional, accione contra el Señor FERNANDO SOLARTE, y contra el interventor de la obra Dr. JUAN CARLOS MORALES para tratar de repetir el monto de la condena..

B) La Sala no hace suya la valoración de conducta de la apoderada del centro de imputación jurídica demandado cuando afirma que el señor Jhon Jairo Ospina, en forma intempestiva, corrió a auxiliar al trabajador que estaba pegado a la máquina sin tomar una mínima medida de seguridad, significando con ello que tuvo una conducta imprudente. Y no la patrocina, porque si algo se vivencia a través de ella, es su ALTRUISMO PELIGROSO, que lo llevó a arriesgar su propia vida por tratar de salvar la de su compañero. El no se preguntó que le podría ocurrir si trataba de salvar la vida de su amigo sino que invirtió la pregunta para demandarse: Qué le podría pasar a éste si no iba en su ayuda? Ese comportamiento tiene mucho universo moral, porque demuestra una gran voluntad para cumplir con los deberes que no son impuestos por las fuerzas externas. Por ello se enseña que la real integración social se logra por los verdaderos prójimos, que se someten a obligaciones que no son heterónomas. Si Colombia quiere ser, en puridad de verdad, un Estado fundado en la dignidad de la persona humana, y en la solidaridad de las personas que la integran, como lo preceptúa el artículo primero de la Constitución Nacional, tiene que aceptar que el verdadero lazo social del mundo moderno es la SOLIDARIDAD, pues bajo su égida como lo recuerda bien Ignace Leep, se agrupan los hombres o se oponen a otros grupos. *Y a veces la conciencia de la solidaridad abre el camino a un heroísmo auténtico*" (La comunicación de la Existencias, pág. 53).

"En mérito de lo expuesto, El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley;

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMASE la sentencia calendada el día veintiocho (28) de noviembre de mil novecientos noventa y uno (1991), proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda, por las razones dadas en los considerandos de este proveído;

SEGUNDO: Expídanse las copias con destino a los interesados, dejando constancia respecto de cuál de ellas presta mérito ejecutivo;

TERCERO Ejecutoriado este fallo, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE

Daniel Suárez Hernández, Presidente de la Sala;, *Carlos Betancur Jaramillo, Juan de Dios Montes Hernández, Julio César Uribe Acosta.*

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

FALLA DEL SERVICIO DE POLICIA

Resulta inadmisible que la fuerza pública despliegue su poder agresivo contra los ciudadanos, sin precisar el objetivo, sin identificar anticipadamente el objeto de sus disparos, sin procurar previamente la captura de quienes irrespetan la ley. Permitir que las fuerzas de seguridad oficiales primero disparen y luego interroguen, significaría ignorar el mandato superior que impone la salvaguarda de la vida e integridad de los ciudadanos, quienes vivirían así expuestos a equivocaciones o torpes procedimientos en los cuales se corre el peligro de morir por causa de las armas destinadas primariamente para su propia protección-

PERJUICIOS MORALES A HERMANOS

Se incrementa el reconocimiento indemnizatorio de perjuicios morales a hermanos (de 100 a 350 gramos de oro fino) porque procesalmente se encuentra acreditado el elemento básico para integrar una relación cercada de afecto y colaboración entre la víctima y sus hermanos, como es la convivencia bajo el mismo techo. Empero, esta convivencia no se puede analizar, ni enfocar tan restrictivamente como lo hizo el a-quo para desconocer los efectos que la misma produjo entre los hermanos, porque precisamente de ese diario encuentro, de ese permanente cambio de ideas y de palabras, de sentimientos y emociones, inherentes a la cotidiana vida familiar, resulta posible presumir cariño y afecto, acentuados, si se quiere, por las especiales condiciones personales de la víctima, que la muestran como persona de muchas cualidades y, por lo mismo, de fácil entendimiento afectivo con los suyos.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera

Santafé de Bogotá, D.C., julio treinta (30) de mil novecientos noventa y dos (1992)

Consejero Ponente : *Doctor Daniel Suárez Hernández*

Referencia: Expediente N°. 6641 Actor : Jesús Tarazona Ruiz y Otra.

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 18 de octubre de 1991, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, mediante la cual se dispuso:

"1°. La Nación - Policía Nacional - es administrativamente responsable de la muerte causada a MIGUEL TARAZONA OLIVEROS en las circunstancias ya descritas.

"2°. Condénase en abstracto a la Nación - Policía Nacional a indemnizar a los demandantes JESUS TARAZONA RUIZ y a SILDANA OLIVEROS, por los perjuicios que les fueron causados con la muerte de su hijo MIGUEL TARAZONA OLIVEROS, los cuales serán liquidados por los trámites previstos en los artículos 135 y siguientes del C. de P.C.

"3°. Condénase a la Nación - Policía Nacional - a pagar por concepto de perjuicios morales a favor de JESUS TARAZONA y SILDANA OLIVEROS equivalente en pesos colombianos de un mil gramo de oro para cada uno, en la fecha que se produzca el pago y el equivalente a cien gramos de oro a favor de cada uno de los demandantes Luis, María Visitación, Trinidad, Esteban, Gregorio, Antonio y Blanca Isabel Tarazona Oliveros.

"4°. Niéganse las demás pretensiones de los actores.

"5°. Reconócese a la doctora MARIA CRISTINA VALDERRAMA PUERTO como apoderada de la parte demandada". (Fol.124).

-I- ANTECEDENTES PROCESALES

1°. *Las pretensiones.-*

En escrito presentado el 15 de junio de 1989, ante el Tribunal Administrativo de Santander, los señores Jesús Tarazona Ruiz, Silvana Oliveros de Tarazona, Luis María Visitación, Trinidad, Esteban, Gregorio, Antonio y

Blanca Isabel Tarazona Oliveros, los primeros, progenitores de la víctima Miguel Tarazona Oliveros y, los demás, sus hermanos, formularon demanda para que se hicieran las siguientes declaraciones:

"*Primera*: Que con citación y audiencia del señor Ministro de Defensa de la República de Colombia y mediante sentencia que haga tránsito a cosa juzgada, se declare que hubo falla en el servicio a cargo de la Policía Nacional al desarrollarse el procedimiento policivo realizado por agentes uniformados y de civil del Séptimo Distrito con sede en Málaga Santander del Sur, tendiente a proteger la vida, honra y bienes del señor LUIS QUINTERO el día 9 de noviembre de 1987, sobre el área del Barrio Laureano Gómez, en las horas de la noche y que esa falla fue la única causa de la muerte de Miguel Tarazona Oliveros, vecino de Málaga, residente en el Barrio Laureano Gómez, de 37 años de edad, oriundo de San Mateo Boyacá y de otras condiciones dadas en sus datos anteriores.

"*Segundo*: Que como consecuencia de la anterior declaración, se condene a la Nación Colombiana al pago de los perjuicios materiales y morales sufridos por mis poderdantes como efecto de la muerte violenta e injusta de Miguel Tarazona Oliveros. Condenas que se deben tasar de la siguiente manera:

1.) DAÑOS MATERIALES: Para liquidar los perjuicios materiales sufridos por todos mis poderdantes, es necesario saber cuál es el valor o precio de un gramo de oro, en pesos colombianos o en moneda de curso legal en Colombia, en el momento del fallo y tal cantidad o precio multiplicada por 4.000 da el producto o suma total a pagar la Nación Colombiana a todos mis poderdantes por tal concepto.

"Es decir, que la Nación debe pagar en su totalidad, en este caso, el precio de 4.000 gramos oro por concepto de daños materiales.

"2) DAÑOS MORALES: Haciendo la misma operación indicada en el numeral anterior, cada uno de mis poderdantes debe recibir por concepto de daños morales, el precio de mil gramos oro, determinado en el momento del fallo, en moneda de curso legal en Colombia.

"3.) AJUSTE DEL VALOR : El monto total a pagar por la nación o por las dos clases de daños frente a todos mis poderdantes deberá devengar intereses comerciales en los seis (6) meses subsiguientes a la fecha del fallo e intereses moratorios desde la fecha en que el fallo lleve seis meses de ejecutoria para en el caso de que la Nación no haga uso del pago en el primer plazo para pagar, el de seis meses. Los Honorables Magistrados, indicarán las tasas de cada clase de intereses a pagar, según certificación de la Superintendencia Bancaria al respecto en el año pertinente o fecha pertinente.

"*Tercera*: Ruego notificar el auto admisorio de la demanda al Secretario General del Ministerio de Defensa y/o al señor Director General de la Policía Nacional, en forma personal.

"Así mismo solicito a los Honorables Magistrados dar cumplimiento a lo estatuido en el art.150 del C.C.A.". (Fols. 50 a 52).

2°. *Hechos*.

Aparecen extensamente relacionados en la demanda. (Fols.33 a 44). Sin embargo, los mismos se reducen, en síntesis, a lo siguiente:

En la población de Málaga (Santander), el ciudadano Luis Quintero era víctima de una banda de extorsionistas. Para efectos de lograr la captura de sus integrantes, la Policía Nacional organizó un operativo a cumplirse dentro del perímetro urbano de la población, dentro del cual se concertó una cita para la entrega del dinero que le exigían al extorsionado. Esa misma noche, o sea, la del 9 de noviembre de 1987, el joven Miguel Tarazona Oliveros, como era su costumbre, se encontraba en una casa vecina de la suya, donde la familia Archila viendo televisión. Al salir, con dirección hacia su hogar fue víctima de los disparos precipitados e imprudentes de los miembros policiales, quienes, sin voz de alerta, advertencia o aviso, le dispararon ocasionándole la muerte, en el informe que sobre los hechos hizo el Comandante del Distrito y también del operativo, se dice que al occiso se le encontró una linterna ""y debajo del cuerpo del cadáver se encontró una arma de fuego revólver hechizo....."

3°. *Actuación Procesal*.-

Cumplida la notificación del auto admisorio de la demanda al Director General de la Policía Nacional, éste designó apoderado para que procesalmente lo representara y a tal efecto solicitó las pruebas que en su criterio permitían "Demostrar sin que haya lugar a dudas que en el presente caso no existe falla del servicio". Practicadas en su mayoría las pruebas que las partes solicitaron, se dispuso correr el correspondiente traslado para alegar de conclusión, derecho que ejerció solamente la demandada, porque la actora guardó silencio.

Adujo la Policía Nacional que en el caso bajo estudio no se acreditó la existencia del matrimonio de los padres de la víctima y "en consecuencia no se probó la calidad de padres legítimos ni hermanos legítimos". Sostiene también la entidad demandada que como en el proceso penal se concluyó que la acción de la Policía "fue llevado a cabo en defensa de los intereses de tercera personal (LUIS QUINTERO) y de los mismos policías..." no podía haber falla alguna del servicio, pues se daba "plena aplicación al artículo 16 de la Constitución Nacional....pues la policía se vio en la obligación de repeler una actuación ilegal de unos extorsionistas, en aras de proteger la vida, honra

y bienes de un ciudadano así como la propia". Con relación a los perjuicios reclamados en equivalencia a 4.000 gramos de oro la apoderada de la Policía, con apoyo en pronunciamientos anteriores de la Sala se opone a los mismos y además sostiene que dichos perjuicios no fueron procesalmente establecidos. Sobre los perjuicios morales para los hermanos de la víctima pedidos en equivalencia a 1.000 gramos de oro para cada uno, los descarta y recuerda que para aquellos jurisprudencialmente se han señalado el equivalente a 500 gramos de oro. El Fiscal del Tribunal considera que debe declararse la responsabilidad de la administración y estima el reconocimiento de perjuicios morales para la progenitora (1.000 gramos de oro), para los hermanos que convivían con el occiso (500 gramos de oro) y para los que se hallaban fuera del hogar, un máximo de 200 gramos del aludido metal.

4°. *La sentencia impugnada.-*

En providencia que corre a folios 107 a 125, el Tribunal Administrativo de Santander se pronunció en los términos transcritos al inicio de este fallo. Para así concluir consideró el a-quo que se daban los elementos configurativos de la responsabilidad extracontractual, de la administración. "En efecto, se dice en la sentencia, hubo un daño, se comprobó la actuación de la policía. Y se logró con abundante prueba testimonial, que unida a los documentos públicos reseñados, establecerse la relación de causalidad entre tal operativo y la muerte de MIGUEL TARAZONA OLIVEROS".

Con respecto a los perjuicios materiales en la modalidad de daño emergente se descartan en el fallo recurrido. Por lucro cesante dispone que por peritos se fije este tipo de perjuicios, con base en la edad de la víctima al fallecer; la cuantía de sus ingresos como ayudante de ebanistería, su personalidad y el tiempo probable de subsistencia del occiso y sus progenitores, en cuyo favor exclusivamente autoriza este reconocimiento indemnizatorio. De igual manera dispone el pago en el equivalente en pesos a 1.000 gramos de oro para cada uno de ellos, en quienes presumen la aflicción y el dolor por la pérdida del hijo. Para los hermanos, a pesar de la convivencia que se refieren los testigos, "no existiendo prueba concreta y expresa sobre las relaciones cariñosas y fraternales que mantenían con el occiso", se les reconoció el equivalente en pesos a 100 gramos de oro.

5°. *La segunda instancia.-*

Inconforme la parte actora con la anterior decisión, interpuso contra la misma recurso de apelación con miras a que la condena por perjuicios materiales se liquide en concreto y se tome como ingreso del occiso el salario mínimo legal, y, de otra parte, que los perjuicios morales de los hermanos del occiso se eleven en su equivalencia en pesos a 350 gramos de oro, porque "la indemnización decretada no se fundamenta en la realidad, sino más bien en una presunción de alejamiento entre la víctima y los hermanos de ésta".

Al alegar de conclusión en la segunda instancia, la apoderada de la Policía Nacional considera que no hay lugar al reconocimiento de perjuicios materiales porque la víctima era "corto de espíritu" por lo cual no podía trabajar independientemente de su padre de quien era ayudante, sin que pueda calificárselo como un "ayudante de albañilería". Con respecto a los perjuicios morales "solicita confirmar su condena".

6°. *El concepto fiscal.-*

La señora Fiscal Octava del Consejo de Estado, en su vista de rigor, se muestra partidaria de confirmar la sentencia impugnada, pero modificándola en el punto de los perjuicios materiales porque considera que el occiso "devengaba menor del salario mínimo, y por consiguiente, le alcanzaría escasamente para su sustento personal y no para ayuda a su familia". También estima conveniente que se modifique la sentencia con relación a los perjuicios morales, para que éstos queden equivalentes a 350 gramos de oro para cada uno de los hermanos del occiso.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

La Sala encuentra suficientemente acreditados los siguientes aspectos:

- Que Miguel Tarazona Oliveros es hijo de Jesús Tarazona Ruiz y Sildana Oliveros de Tarazona. Así se desprende de la partida eclesiástica de matrimonio (Fol.4), del acta de registro civil de nacimiento (Fol.7), del acta de defunción (Fol.5) y de los numerosos testimonios recaudados en este proceso. (Fols.50 a 120 del Cdno. 3).

- Que Miguel Tarazona Oliveros desempeñaba una actividad laboral por su cuenta o en compañía de su padre, en arreglos de albañilería y similares, de donde provenían sus ingresos para sostener él en colaboración con sus ancianos progenitores. Antonio Archila Cepeda manifestó que el occiso "trabajaba con el papá en albañilería, ese salario lo dedicaba para el sustento de la casa,.....pero no se cuál era el salario promedio que devengaba porque él hacia sus contraticos ....era soltero, no vivía con ninguna mujer, ni tenía hijos, y la plata era toda para la casa". (Fols.55 a 59). En el mismo sentido se expresó Blanca Cecilia Balaguera de Amaya: "...a mí me consta de que salía con el papá a trabajar en construcción....ese dinero que él ganaba trabajando muchas veces lo cobraba el papá los jornales que él trabajaba.....siempre lo que ganaba les daba a sus padres y por eso les dio muy duro....vivía solamente con los papás y no salía por que no tenía vicios ni nada, solamente salía a trabajar con el papá.....(Fols 61 a 65 Cdno.3). Semejante es la declaración de Ana Luisa Uriza de Lozano, quien relata el occiso "trabajaba con el papá, salía por ahí a blanquiar, tapar por ahí las goteras y otros orificios y me imagino que el manejaba el dinero era el papá y era por ahí para el mercado de la casa de los papás...." (Fol. 68 Cdno.3). En términos similares se expresan los demás deponentes.

- Que Miguel Tarazona Oliveros se encontraba en casa de la familia Archila observando televisión y no en actividades ilícitas o comprometidas con los extorsionistas. Así se desprende de los testimonios siguientes: Blanca Cecilia Balaguera de Amaya afirma "yo fui a la casa de ellos o sea del difunto Miguel a sacar una ollada de agua, y yo me encontré con él estaba en el patio de la casa y me dijo que quioras (sic) eran y le dije que eran como las siete pasaditas, me dijo que era que se iba a ver una novela.....y él siempre iba a mirar televisión a la casa de la señorita Margarita Archila, yo me consta que él siempre iba allá a mirar televisión (fol 63 Cdno.3). También el testigo Daniel Archila Cepeda manifestó que "todas las noches iba a mirar televisión con la mamá y los hermanos". (Fl.78 Cdno.3). Arquímedes Merchán Betancur sostiene: "Me consta que él acostumbraba ir a esa hora allá a ver televisión, porque es una familia muy pobre y no tenían televisión, me consta de que era rutina que iban a ver allá televisión (Fols.85 Cdno.3). Margarita María Archila Cepeda, relata: "Estaba (Miguel) en compañía de Esteban, el hermano, de Trina y estaba con la mamá y mi persona, la mamá llegó y le dijo vaya a comer y si salió a comer y cuando salió fue que lo mataron" (Fol.115 Cdno.3).

- Que Miguel Tarazona Oliveros era una persona taciturna, calmada y de magnífico comportamiento. Así se deduce de la casi totalidad de las declaraciones.

- Que Miguel Tarazona Oliveros no utilizaba, ni portaba regularmente armas, ni tenía revólver al salir de la casa de la familia Archila lo expresan entre otros: Antonio Archila Cepeda, quien afirma : "En diez años largos de conocer a Miguel Tarazona, no le conocí ni una navaja siquiera que era lo menos, menos ese pedazo de revólver, tampoco le conocí linterna porque la casa donde él a donde yo es iluminada." (Fol.57 C.3).

En el mismo sentido Blanca Cecilia Balaguera de Amaya, sostiene : "...pero él no acostumbraba a cargar ninguna clase de objetos, mucho menos armas porque me consta que ni siquiera una navaja, ya que vivimos cerquita y lo conocí bien..... El no usaba de esas armas, ni nunca le conocí linterna alguna, porque de noche casi no salía, solamente iba a mirar televisión...." (Fols.63 y 64 C.3). Daniel Archila Cepeda declara: "Yo no le conocí ni revólver, ni linterna, ese hombre de armas no conocía ni como serían los revólveres....." (Fol.76 Cdno.3). María Margarita Archila Cepeda sostiene: "El no llevaba ningún arma, porque él no tenía costumbre de cargar arma, ninguno de ellos cargan armas, y yo me aseguro que esa noche no llevaba nada, solamente tenía puesta una chompita, pero de armas nada, ni otro objeto alguno...yo vi cuando levantaron a Miguel, y en la mano derecha tenía un revólver suelto, como quien dice cayó y lo soltó, pero no él no tenía nada.....por eso cuando él salió de la casa no tenía eso". (Fol.114 Cdno.3).

- Que el deceso violento de Miguel Tarazona Oliveros, fue resultado de lesiones causadas con arma de fuego, dentro de un procedimiento policivo

adelantado por miembros de la Policía Nacional de Málaga, se desprende de la diligencia de necropsia (Fols.49 y 50 Cdno.2 y levantamiento del cadáver (Fols.37 a 39). Obra, de otra parte, el informe que rindió el comandante del Distrito Séptimo del Departamento de Policía de Santander al Juez Octavo de Instrucción Criminal, sobre el operativo para capturar a unos extorsionistas, con quienes se produjo un enfrentamiento cuya finalización se encontró el cadáver de un hombre armado de revólver, quien posteriormente fuera identificado como Miguel Tarazona Oliveros.

- Que los diligenciamientos penal y disciplinario adelantados a raíz de los hechos mencionados culminaron en decisiones absolutorias para policiales comprometidos en aquellos.

De las demostraciones antes relacionadas concluye la Sala que fue acertado el criterio del a-quo al declarar la responsabilidad administrativa de la Policía Nacional por el deceso violento de Miguel Tarazona Oliveros. En efecto, los elementos integrales de la responsabilidad extracontractual por falla del servicio se presentan en el sub-judice. Esta surge de la actuación cumplida por lo miembros de la institución demandada la noche del 9 de noviembre de 1987 en el municipio de Málaga (Santander). Sin duda alguna hubo precipitud, ligereza e irresponsabilidad por parte de quienes dispararon contra un ciudadano absolutamente indefenso e inerme, cuya única actividad en esos instantes, antes que hacer de extorsionista, era la de ir a comer a su casa, porque donde se hallaba sólo estaba su progenitora y amigos viendo televisión, porque en su hogar no tenía esa oportunidad.

Faltó entre los policiales una mejor coordinación, pues frente a los supuestos extorsionistas nada lograron conseguir, como sí lo hicieron ante Tarazona Oliveros, de quien la totalidad de deponentes que a él se refieren, lo identifican como un buen hombre, sano, trabajador, retraído, en otras palabras, sin los arrestos suficientes para comprometerse en la empresa criminal contra la cual actuaba la fuerza pública. Es igualmente abundante, concreta y objetiva la prueba testifical que presenta al occiso como alguien incapaz de portar armas, menos de fuego, y en especial, que segundos antes de caer abatido por las armas oficiales, él no portaba ni linterna, ni revólver, de donde es presumible deducir que tales elementos incriminatorios le fueron acomodados para explicar en alguna forma el ilegal comportamiento de los policía frente al infortunado ciudadano, quien si saber por qué, recibió los proyectiles que le dispararon los agentes, seguramente afectados por el licor que habían ingerido, conforme al dicho de quienes o los vieron tomar o encontraron y recogieron las botellas de aguardiente vacías después de los insucesos.

Complementa la falta del servicio el modus operandi de los miembros de la policía, quienes procedieron a utilizar las armas, contra un persona que ningún comportamiento agresivo desplegaba contra ellos, y que se hallaba

totalmente inerme e indefensa no sólo numéricamente, sino por su misma ubicación frente a quienes bien pertrechados y atrincherados, sin advertencia alguna, sin voz de prevención, de alto, etc., lo hicieron víctima de su irresponsable agresión, sin recordar que la utilización de armas debe hacerse con extremada precaución y cuando otros medios de acción o persuasión se han agotado. Para la Sala, resulta inadmisible que la fuerza pública despliegue su poder agresivo contra los ciudadanos, sin precisar el objetivo, sin identificar anticipadamente el objeto de sus disparos, sin procurar previamente la captura de quienes irrespetan la ley. Permitir que las fuerzas de seguridad oficiales primero disparen y luego interroguen, significaría ignorar el mandato superior que impone la salvaguarda de la vida e integridad de los ciudadanos, quienes vivirían así expuestos a equivocaciones o torpes procedimientos en los cuales se corre el peligro de morir por causa de las armas destinadas primariamente para su propia protección. Los testimonios recaudados llevan a la Sala la convicción suficiente de que los insucesos se cumplieron conforme los presentan los declarantes, y la conducen a concluir que las fuerzas del orden rebasan el normal cumplimiento de sus obligaciones con absurda pretermisión del mandato constitucional que obliga la protección de la vida, honra y bienes de los ciudadanos.

Esa falla de la administración al ocasionar la muerte de Miguel Tarazona Oliveros, originó sin duda alguna un evidente daño, pues no sólo esta de por medio la pérdida de su vida, sino las consecuencias perjudiciales para sus progenitores y hermanos. Tanto la falla del servicio como el daño se encuentran causalmente relacionados, hasta el punto de que si aquella no se hubiera presentado, éste no se habría producido. Lo anterior permite concluir que en el caso bajo estudio resulta demostrada la responsabilidad oficial y, por consiguiente, debe confirmarse el pronunciamiento que en este sentido hizo el Tribunal, cuyos planteamientos, análisis probatorios y consideraciones jurídicas se comparte íntegramente.

Distinto es el criterio que asume la Sala frente al tema de los perjuicios morales y materiales. Con relación a los primeros, se encuentran bien tasados los asignados a los progenitores de la víctima en equivalencia en pesos a 1000 gramos de oro, valor éste que regularmente se les ha señalado como indemnización moral, no sólo para ellos, sino también para la cónyuge sobreviviente y sus hijos. En este sentido se confirmará la decisión apelada.

Sobre la indemnización por perjuicios morales para los hermanos de la víctima, calculada en el equivalente en pesos a 100 gramos de oro para cada uno de ellos, porque sólo se demostró su convivencia bajo el mismo techo, más no especiales relaciones afectivas entre ellos y el occiso, la Sala considera que debe modificarse su cuantía incrementándola al equivalente a 350 gramos de oro fino para cada hermano. Se aumenta este reconocimiento indemnizatorio porque procesalmente se encuentra acreditado el elemento básico para integrar una relación cercana de afecto y colaboración entre la víctima y sus hermanos,

como es la convivencia bajo el mismo techo. Empero, esta convivencia no se puede analizar, ni enfocar tan restrictivamente como lo hizo el a-quo para desconocer los efectos que la misma produjo entre los hermanos, porque precisamente de ese diario encuentro, de ese permanente cambio de ideas y de palabras, de sentimientos y emociones, inherentes a la cotidiana vida familiar, resulta posible presumir cariño y afecto, acentuados, si se quiere, por las especiales condiciones personales de la víctima, que la muestran como persona de muchas cualidades, amante de su casa y, por lo mismo, de fácil entendimiento afectivo con los suyos. Por lo demás, ninguna prueba enseña lo contrario

Viene además a propósito para el caso examinado la siguiente puntualización de la Sala, consignada en providencia del 17 de julio del año en curso, actor: Luis María Calderón Sánchez; en la cual con ponencia del Consejero Daniel Suárez Hernández, se sostuvo:

> "En punto tocante con perjuicios morales, hasta ahora se venían aceptando que estos se presumen para los padres, para los hijos y los cónyuges entre sí, mientras que para los hermanos era necesario acreditar la existencia de especiales relaciones de fraternidad, o sea, de afecto, convivencia, colaboración y auxilio mutuo, encaminado a llevar al fallador la convicción de que se les causaron esos perjuicios resarcibles. Ocurre sin embargo, que la Constitución Nacional que rige en el país actualmente, en su artículo 2o., señala que Colombia como Estado Social de derecho que es, tiene como fines esenciales el de servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la misma; también el de facilitar la participación de todos en las decisiones que los afecte y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; al igual que defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.
>
> "Por su parte el artículo 42 de la Carta Política, establece que el Estado y la sociedad tienen como deber ineludible el de garantizar *la protección integral de la familia*, núcleo fundamental de la sociedad, que "se constituye por vínculos naturales y jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla." Y agrega que "Cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley. *Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica tienen iguales derechos y deberes*". (Subrayas fuera de texto).
>
> "La ley no ha definido taxativamente las personas que integran la familia que goza de la especial protección del estado y de la sociedad en general. Así las cosas, podría adoptarse como criterio interpretativo el concepto

amplio de familia, como aquellos parientes próximos de una persona a los que se refiere el artículo 61 del C.C, que es del siguiente tenor:

""En los casos en que la Ley dispone que se oiga a los parientes de una persona, se entenderá que debe oírse a las personas que van a expresarse y en el orden que sigue:

"1o. Los descendientes legítimos;

2o. Los ascendientes legítimos;

3o. El padre y la madre naturales que hayan reconocido voluntariamente al hijo, o este a falta de descendientes o ascendientes legítimos;

"4o. El padre y la madre adoptantes, o el hijo adoptivo, a falta de parientes de los números 1o., 2o. y 3o.;

"5o. Los colaterales legítimos hasta el sexto grado, a falta de parientes de los números 1o., 2o. y 4o.;

"6o. Los hermanos naturales, a falta de los parientes expresados en los números anteriores;

"7o. Los afines legítimos que se hallen dentro del segundo grado, a falta de los consanguíneos anteriormente expresados.

"Si la persona fuera casada, se oirá también, en cualquiera de los casos de este artículo a su cónyuge; y si alguno o algunos de los que deben oírse, no fueren mayores de edad o estuvieren sujetos a potestad ajena, se oirá en su representación a los respectivos guardadores, o a las personas bajo cuyo poder y dependencia estén constituidos".

"También resulta procedente tomar como familia lo que los tratadistas definen como familia nuclear, esto es, la integrada por los parientes en primer grado a que alude el artículo 874, ordinal 3o. ibídem, que reza:

""La familia comprende (además del habitador cabeza de ella) a la mujer y a los hijos; tanto que los que existen al momento de la constitución, como los que sobrevienen después, y esto aún cuando el usuario o habitador no esté casado, ni haya reconocido hijo alguno a la fecha de la constitución".

"La familia para fines de las controversias indemnizatorias, está constituida por un grupo de personas naturales, unidas por vínculos de parentesco natural o jurídico, por lazos de consanguinidad, o factores civiles, dentro de los tradicionales segundo y primer grados señalados en varias disposiciones legales en nuestro medio.

"Así las cosas, la Corporación varía su anterior posición jurisprudencia, pues ninguna razón encuentra para que en un orden justo se continúe discriminando a los hermanos, víctimas de daños morales, por el hecho de que no obstante ser parientes en segundo grado, no demuestren la solidaridad o afecto hasta hoy requeridos, para indemnizarlos. Hecha la corrección jurisprudencial, se presume que un daño antijurídico inferido a una persona, causado por la acción u omisión de las autoridades públicas genera dolor y aflicción entre sus parientes hasta el segundo grado de consaguinidad y primero civil, ya sean ascendientes, descendientes o colaterales.

"Como presunción de hombre que es, la administración está habilitada para probar en contrario, es decir, que a su favor cabe la posibilidad de demostrar que las relaciones filiales y fraternales se han debilitado notoriamente, se han tornado inamistosas o, incluso que se han deteriorado totalmente.

"En síntesis, la Sala tan sólo aplica el criterio lógico y elemental de tener por establecido *lo normal* y de requerir la prueba de lo *anormal*. Dicho de otra manera, lo razonable es concluir que entre hermanos, como miembros de la célula primaria de toda sociedad, (la familia), exista cariño, fraternidad, vocación de ayuda y solidaridad, por lo que la lesión o muerte de algunos de ellos afectan moral y sentimentalmente al otro u otros. La conclusión contraría, por excepcional y por opuesta a la lógica de lo razonable, no se puede tener por establecida sino en tanto y cuanto existan medios probatorios legal y oportunamente aportados a los autos que así la evidencien".

En cuanto a los perjuicios materiales, reconocidos en abstracto por el Tribunal y únicamente en favor de los progenitores del occiso, estima la Sala que debe confirmarse la decisión, pero modificándola en el sentido de liquidar en concreto la respectiva indemnización. Para tal efecto, como en los autos se encuentra demostrada la actividad laboral de la víctima, como ayudante de albañilería, él sólo o con su padre, conocido su ingreso económico, se calculará su renta mensual de acuerdo con el salario mínimo legal vigente para noviembre de 1987, el cual conforme al Decreto 3732 de 1986 era de $20.509.80 mensuales, de los cuales se presume que dedicaba un 25% para atender sus propias necesidades ($5.127.45) y el 75% restante para sostenimiento de sus progenitores ($15.382.35), suma esta que se divide entre estos a razón de $7.691. para cada uno.

Mediante las pruebas allegadas por disposición oficiosa de la Sala y las aportadas con la demanda, se demuestra que Miguel Tarazona Oliveros nació el 26 de marzo de 1951 y que para la época de su deceso contaba con 36 años, 7 meses, 13 días, pese a lo cual continuaba viviendo con sus padres y colaborándoles en los gastos del hogar. La circunstancia de haber alcanzado

esta edad sin organizarse en forma independiente le permite a la Sala entender que continuaría con sus progenitores hasta el final de sus días, es decir que para el caso del padre Jesús Tarazona Ruiz, el término de vida probable sería de 75.96 meses por cuanto nació el 23 de abril de 1907 (Fol.157) y para la madre Sildana Oliveros Berrío, teniendo en cuenta que nació el 6 de noviembre de 1926, le correspondería un promedio probable de supervivencia de 203 meses de acuerdo con la Tabla Colombiana de Mortalidad que obra a folios 172 180.

No hay lugar a la actualización de los ingresos mensuales por cuanto en la demanda se omitió tal solicitud y la Sala, dado el carácter rogado de esta jurisdicción no puede oficiosamente decretarla.

Indemnización debida para Jesús Tarazona Ruiz y Sildana Oliveros.

Comprende el período que va del 9 de noviembre de 1987 hasta el 30 de julio de 1992, es decir, 56.6 meses. Se aplica la fórmula:

$$S = R \frac{(1 + i) \quad -1}{i};$$

donde S, es la suma buscada; i, corresponde al interés técnico mensual (0.004867); n, es el número de meses a indemnizar (56.6).

$$S = 7.691.17 \frac{(1 + 0.004867)^{56.6} - 1}{0.004867} = 499.796$$

Valor de la indemnización debida para cada uno de los progenitores: $499.796.

Indemnización futura para el padre.

Abarca desde la fecha del fallo hasta el cumplimiento del término de vida probable, /75.96 - 56.6) es decir, 19.36 meses.

Se utiliza la fórmula $S = R \frac{(1 + i)^{n} \quad - 1}{i \quad (1 + i)^{n}}$;
cuyos componentes fueron explicados.

$$S = 7.691.17 \frac{(1 + 0.004867)^{19.36} - 1}{0.004867\ (1 + 0.004867)^{19.36}} = 141.772.46$$

Indemnización futura del padre: $141.772.46

Indemnización futura de la madre.

Le corresponde un período indemnizatorio de 146.4 meses (203 . 56.6) y se utiliza la fórmula anterior.

$$S = 7.691.17 \frac{(1 + 0.004867)^{146.4} - 1}{0.004867\ (1 + 0.004867)^{146.4}} = 803.960.88$$

Indemnización futura de la madre : $803.860.88

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, en desacuerdo con el concepto fiscal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: Confírmase los ordinales 1° , 4° y 5° de la sentencia apelada, es decir, la dictada el 18 de febrero de 1991, por el Tribunal Administrativo de Santander.

SEGUNDO: Modifícanse los ordinales 2° y 3° del fallo recurrido, los cuales quedan así:

2° Condénase en concreto a la Nación - Policía Nacional - a pagar por concepto de indemnización por perjuicios materiales, en favor de Jesús Tarazona Ruiz la suma de seiscientos cuarenta y un mil quinientos sesenta y ocho pesos con 46/100 ($641.568.46) moneda legal y a Sildana Oliveros de Tarazona la cantidad de un millón trescientos tres mil setecientos cincuenta y seis pesos con 88/100 ($1.303.756.88) moneda corriente.

3° Condénase a la Nación - Policía Nacional - a pagar a cada uno por concepto de perjuicios morales el equivalente en pesos a 1.000 gramos de oro fino en favor de Jesús Tarazona Ruiz y Sildana Oliveros de Tarazona y el equivalente en pesos a 350 gramos del mismo metal para cada uno, en favor

de Luis Jesús, María Visitación, Trinidad, Esteban, Gregorio y Antonio Tarazona Oliveros.

El Banco de la República certificará sobre el precio interno del oro a la fecha de ejecutoria de esta sentencia y los interesados allegarán la certificación con la respectiva cuenta de cobro.

TERCERO: Dése cumplimiento a los artículos 176 y 177 del C.C.A., para lo cual se expedirán copias de las respectivas sentencias, con constancia de su ejecutoria con destino a las partes, haciendo precisión sobre cuál o cuáles resulta idónea para hacer efectivos los derechos reconocidos (artículo 115 del C. de P.C.).

COPIESE, NOTIFIQUESE, CUMPLASE Y DEVUELVASE.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha, treinta (30) de julio de mil novecientos noventa y dos (1992).

Daniel Suárez Hernández, Presidente de la Sala; *Carlos Betancur Jaramillo, Juan Montes Hernández, Julio César Uribe Acosta.*

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

NOTA DE RELATORIA: se reitera, además, el fallo de julio 17 del año en curso, Actor: LUIS MARIA CALDERON SANCHEZ, Ponente: Dr. DANIEL SUAREZ HERNANDEZ

HIJO EXTRAMATRIMONIAL- Reconocimiento/ **HIJO EXTRAMATRIMONIAL** - Legitimación/ **LEGITIMACION POR ACTIVA**

El actor no aparece reconociendo a la víctima, como a su hijo natural, ni en el acta de nacimiento, ni por escritura pública, ni por testamento, ni por manifestación hecha ante juez. La partida eclesiástica (fe de bautismo) no es apta para contener el reconocimiento. El fallador se encuentra frente a una legitimación por instrumento público, ya fallecido el hijo, la cual exige, para que produzca todos sus efectos en derecho, que el "de cujus" haya dejado descendencia legítima o natural, circunstancia que no se dio. En este momento el discurso se recuerda que toda legitimación, como todo reconocimiento de hijo extramatrimonial, requiere la aceptación del beneficiado. Tampoco hay prueba suficiente que permita concluir que los demandantes son terceros que resultaran afectados.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera

Santafé de Bogotá, D.C., julio treinta (30) de mil novecientos noventa y dos (1992)

Consejero Ponente : *Doctor Julio César Uribe Acosta*

Referencia: Expediente Nro. 6824 Actor : Alfredo Ardila Pinilla y otros

Demandado : La nación - Ministerio de Defensa Nacional.-

-I-

Agotada la tramitación procesal de la ley, sin que se observe causal de nulidad que vicie la actuación, procede la Sala a desatar el grado de CONSULTA de la sentencia calendada el día veintiséis (26) de junio de mil novecientos noventa y uno (1.991), proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá , que en su parte resolutiva, *DISPUSO*:

"1.- Declárase responsable a la Nación - Ministerio de Defensa Nacional - de la muerte del señor WILLIAM MAURICIO ARDILA LOPEZ.

"2.- Condénase a la Nación (Ministerio de Defensa Nacional - Policía Nacional-) al pago de un mil gramos de oro al señor ALFREDO ARDILA PINILLA y un mil gramos de oro a la señora MARIA ALICIA LOPEZ DE ARDILA y quinientos gramos de oro a cada una de las siguientes personas: IVETH ROCIO ARDILA LOPEZ, MARLEN ELIANA ARDILA LOPEZ, CLARA MARCELA ARDILA LOPEZ, por concepto de perjuicios morales.

"3.- La condena se hará en concreto y la equivalencia en pesos Colombianos deberá certificarla el Banco de la República con operancia a la fecha de ejecutoria de esta sentencia. La indemnización se pagará en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A.

"4.- Deniéganse las demás súplicas de la demanda.

"5.- Consúltese con el Honorable Consejo de Estado esta providencia, si no fuere apelada.". (fls. 73 - 74 c 1).

Para la mejor comprensión jurídica de todas las circunstancias legales, generales y particulares del caso, se transcribe a continuación lo pertinente del referido proveído, en el cual se razona judicialmente dentro del siguiente temperamento:

"I.- LA DEMANDA.

"ALFREDO ARDILA PINILLA demanda en nombre propio y en el de sus menores hijos MARLEN ELIANA, IVETH ROCIO, CLARA MARCELA, ERWIN CLAUDIO ARDILA LOPEZ, a la Nación Colombiana y al Ministerio de Defensa Nacional en acción de REPARACION DIRECTA Y CUMPLIMIENTO por la muerte violenta que sufrió su hijo WILLIAM MAURICIO ARDILA LOPEZ a manos de un Agente de la Policía Nacional el día 22 de marzo de 1987 en la ciudad de Chiquinquirá.

"También son demandantes la madre de la víctima, señora MARIA LOPEZ DE ARDILA y los hermanos de WILLIAM, ANGELA ALICIA, ILVAR JAVIER, GERARDO, RICARDO ALFREDO, SERGIO ROBERTO y ERWIN CLAUDIO ARDILA LOPEZ quien , ya mayor , ratifica el poder que otorgara su padre.

"La apoderada de los demandantes fundamenta sus pretensiones en los hechos que presenta así:

"II. LOS HECHOS.

"1. El 21 de marzo por la noche fue muerto dentro del área urbana de Chiquinquirá el joven William Mauricio Ardila López, a manos de un agente de la policía Nacional llamado Guillermo García Botero.

"2. William Mauricio era hijo legítimo de Alfredo Ardila Pinilla y de María Alicia López de Ardila y cuando murió tenía 21 años de edad.

"3. William Mauricio se encontraba estudiando bachillerato en el horario nocturno y durante el día manejaba su propio negocio, con el cual se sostenía y ayudaba a sus padres.

"4.- La noche de los hechos , William Mauricio se estuvo tomando unas cervezas en el Café principal, las cuales quedó debiendo y al salir de allí, fue perseguido por el citado agente de la Policía, en una bicicleta, el que, cuando alcanzó al joven le disparó sin motivo.

"5.- Agonizante, William Mauricio fue llevado al Hospital San Salvador de Chiquinquirá, donde dejó de existir.

"6.- A William Mauricio le sobreviven los siguientes hermanos : Ricardo Alfredo , Sergio Roberto, Angela Alicia, Gerardo , Ilvar Javier, Marlén Eliana , Iveth Rocío , Clara Marcela y Erwin Claudio Ardila López, quienes sufrieron mucho con la desaparición de su consanguíneo especialmente porque todos vivían bajo el mismo techo.

"7.- La muerte de William Mauricio originó una ola de protesta, en Chiquinquirá, especialmente en los medios estudiantiles , por la injusticia de la misma.

"8.- Con la muerte de William Mauricio se causaron a sus padres y hermanos perjuicios materiales y morales.

"III.- DE LAS PRETENSIONES.

"Solicitan los demandantes a través de su procurador judicial : 1. -Que se condene a la Nación (Ministerio de Defensa Nacional) a pagarles los

perjuicios materiales y morales que se les infringió a consecuencia de la muerte que un Agente de la Policía Nacional le ocasionó al joven WILLIAM MAURICIO ARDILA LOPEZ en los hechos anteriormente relatados.

"2. Para los padres del occiso se solicita la suma correspondiente a los salarios mínimos legales que el muerto hubiera podido devengar desde el día de su óbito hasta cuando hubiera vivido normalmente, salarios que se liquidarán teniendo en cuenta los aumentos de Ley que se efectúen , hasta cuando se dicte sentencia. Esto por concepto de perjuicios materiales.

"3.- Por igual concepto se pide que la Nación pague a los padres de WILLIAM la suma de $71.400.oo, con sus intereses, que gastó en funerales. Así mismo pide la aplicación de la corrección monetaria al momento del fallo.

"4. Reclama también el apoderado de los demandantes que se les indemnice con el pago de un mil gramos de oro fino así: para Alfredo Ardila, para María Alicia López, Ricardo Ardila López, Sergio Roberto , Angela Alicia ,Gerardo, Ivar Javier, Marlén Eliana, Iveth Rocío, Clara Marcela y Erwin Ardila López, por concepto de daños morales.".

...

"V. CONSIDERACIONES.

"A.- Procura la demanda que se declare la responsabilidad de la Nación - Policía Nacional- por los perjuicios materiales y morales causados a sus padres y hermanos atrás relacionados por la muerte del joven WILLIAM MAURICIO ARDILA LOPEZ ocasionada por el disparo que con arma de dotación oficial le propinó un Agente de la Policía Nacional en hechos que resumidos así:

"Cuando el joven WILLIAM MAURICIO ARDILA LOPEZ huía de un establecimiento público del centro de la ciudad de Chiquinquirá para no cancelar los consumos allí hechos con algunos amigos, fue perseguido por el Agente de la Policía Nacional Guillermo García Botero quien, al encontrar resistencia a su captura , disparó su arma de dotación oficial y le causó la muerte. El hecho ocurrió en la madrugada del 21 de marzo de 1987.

"WILLIAM MAURICIO era hijo legítimo de ALFREDO ARDILA PINILLA Y DE MARIA ALICIA LOPEZ DE ARDILA. Así lo demuestran los registros de Nacimiento, Defunción y Matrimonio que obran a los folios seis, siete y ocho (6, 7 y 8) del expediente. Tenía al

morir 21 años de edad. Era soltero, estudiaba en el Colegio Sagrado Corazón de Jesús y convivía y trabajaba con sus padres y hermanos menores. Estos , como los mayores, demandan junto con los padres, la indemnización por perjuicios materiales y morales que especifican el libelo demandatorio (folio 20 y ss.).

"Dentro del petitum se incluye la suma de $71.400.oo que el padre de la víctima canceló por concepto de servicios funerarios acreditados mediante el recibo o factura que obra al folio 19 del cuaderno principal.

"B.- La demanda pretende la exoneración de responsabilidad sobre la base de presuntos antecedentes delictivos de la víctima y de la absolución que los jueces de conocimiento impartieron al Agente García Botero dentro del Consejo de GUERRA VERBAL que contra dicho Agente se siguió (fol. 11 y ss. del cuaderno 2º).

"Es necesario hacer una cuidadosa pero breve revisión de estos elementos procesales.

"En la contestación de la demanda, la apoderada de la Nación pide que se traigan al proceso las certificaciones policiales de antecedentes penales del joven WILLIAM MAURICIO ARDILA LOPEZ. Así se dispuso por el Tribunal y corren del folio nueve (9) al diez (10) del cuaderno segundo.

"En ellos se dice que el citado ciudadano fue muchas veces solicitado por los Juzgados 19 de Instrucción Criminal de Chiquinquirá, Segundo Penal del Circuito y Penal Municipal de esa ciudad por el unible de hurto casi siempre calificado. Sin embargo advierte el Tribunal que muchos de esos requerimientos aparecen cancelados y lo que es más , no aparece constancia alguna de que hubiese sido condenado por tal delito ni que las citaciones en cuestión correspondieran a diferentes hechos constitutivos de infracción penal pues la mayor parte de los requerimientos judiciales son del año de 1985.

"Lo anteriormente anotado y la circunstancia de no aparecer constancia cierta de antecedentes delictivos propiamente dichos, llevan a la Corporación a tomar con particular reserva la afirmación de la apoderada de la parte demandada acerca de la conducta social del occiso a quien tampoco tiene el Tribunal como modelo de conducta ciudadana, pese a la certificación expedida por el Colegio donde cursaba sus estudios nocturnos (folio 18 cuad. 1º).

"En segundo término se dice que la absolución del Agente procesado debe conducir también a la exoneración de la Nación de toda responsabilidad. No comparte el Tribunal esa apreciación . Una es la

responsabilidad penal que pueda desprenderse de la conducta del Agente al servicio del Estado y otra la que resulta de la falla en la prestación del mismo por parte de idéntico sujeto, máxime cuando se advierte en la actitud de los jueces que intervienen en los Consejos de Guerra Verbal una evidente inclinación a la lenidad rayana en impunidad. El Consejo de Estado en repetidas ocasiones ha hecho claros deslindes que es preciso ahora recordar.

"Pero antes volvamos sobre la secuencia de los hechos y vemos cómo aparece procesalmente demostrado que la muerte del joven Ardila López ocurrió con arma de dotación oficial. Así lo aceptó la propia entidad demandada y el Agente implicado de quien se afirma que confesó la autoría del hecho pero adujo como eximente de responsabilidad penal la legítima defensa.

"C.- La primera circunstancia acá demostrada es la del uso de arma oficial. Con ello se arriba a la clásica figura de la responsabilidad presunta del Estado que se origina en la falla del servicio también presunta.

"3.- El perjuicio causado con arma de dotación oficial, hace presumir la falla del servicio, puesto que al ser el mecanismo de la presunción una técnica probatoria que sólo exonera al actor del aporte de la prueba , no excluye el análisis que de la misma puede realizar el juzgador. Es, pues , un régimen en el cual la falla del servicio sí está presente, lo que implica que se excluye , por definición, toda aplicación de la teoría del riesgo y de cualquier otro régimen de responsabilidad objetiva".

"Por ser presunta la falla del servicio esta puede ser desvirtuada por la Administración , mediante prueba que desmienta la premisa sobre la cual está cimentada la presunción. En otros términos: puede la administración aportar probanza contraria que impida al juzgador extraer las consecuencias de las premisas que sirven de fundamento a la presunción de la falla que pesa sobre la administración.

"4.- En consecuencia, si la administración demuestra la ausencia de la falla se exonera de su responsabilidad. Más para que ello sea así, el Juez debe llegar a la convicción de que el actuar administrativo fue de tal manera prudente y diligente , que el perjuicio ocasionado con el arma de dotación oficial no puede imputársele a título de falta suya. Ello es apenas obvio, en la medida en que, como lo ha dicho la Sala "pesa sobre las fuerzas armadas una obligación de extrema prudencia y diligencia en las circunstancias que rodean la causación del perjuicio, para dar por establecida la ausencia de falta de la Administración.

"5.- El hecho o la culpa de la víctima, al igual que en todos los regímenes de responsabilidad, exonera o atenúa, según el caso, la responsabilidad estatal.

"En efecto, dicha causal que el hecho causante del daño no es imputable al ente demandado, sino que , por el contrario lo es a un comportamiento de la víctima. Sin embargo, estima la Sala oportuno recomendar que no puede confundirse para dicho efecto, el nexo de causalidad con el de simultaneidad. Bien es sabido que en, múltiples ocasiones puede ocurrir que simultáneamente el hecho causante del perjuicio, se observe un proceder reprochable de la víctima, que no necesariamente conlleva a la exoneración de la administración. Precisamente por cuanto la administración está obligada a una suma de extrema prudencia y diligencia en el porte y uso de armas , la culpa de la víctima jugaría un papel eximente solo en la medida en que guarde relación causal con la producción del perjuicio, a punto tal que se constate que la administración fue obligada a utilizar legítimamente dicha arma.

"El hecho de un tercero exonera de responsabilidad a la Administración , siempre y cuando se demuestre que dicho tercero es completamente ajeno al servicio y que su actuación no vincula de manera alguna a éste último, produciéndose claramente la ruptura de la relación causal.

"7.- (sic.).- La fuerza mayor exonera igualmente a la Administración. En efecto, su existencia supone que ésta no ha cometido falla alguna y por ello, porque la causa de la falla del servicio no puede imputarse a la Administración , sino a un hecho conocido, irresistible e imprevisible, que es ajeno y exterior a la actividad o al servicio que supuestamente causó el perjuicio.

"8.- El caso fortuito, al contrario, en su concepción moderna jus-administrativa de causa desconocida, no exonera a la administración frente a este tipo de perjuicios. Al decir del profesor Paul Amselk (sic.)"todo sistema de presunción de falta supone, por hipótesis misma , que en caso de no ser posible determinar las circunstancias exactas en las que se produjo el daño, el llamado a responder por las fallas presuntas deberá reparar, por encontrarse en incapacidad de demostrar una ausencia de falta en el origen del perjuicio" (citado por F. Lorens- Freyse, " La presomción de fautes dans le contentieux administratif de la responsabilité, LCDJ, París 1.985, pág. 147), puesto que precisamente la consecuencia de la concepción de la presunción de falta radica en que la víctima no tenga necesidad de probar las circunstancias que rodearon la causación del perjuicio, sino que, en el evento de no conocerse cómo se produjeron dichas circunstancias, corresponderá al demandado asumir la duda que rodea las circunstancias exactas en las que advino el perjuicio. Estima la Sala de acuerdo con el profesor Amselek, que en el evento de

presentarse un caso fortuito, en su acepción ya dicha, es a la Administración a quien le corresponde resarcir el perjuicio, habida consideración de que no puede desvirtuar la presunción que sobre ella pesa, y que consiste en determinar a priori, y dada la peligrosidad de las armas que un perjuicio causado con la utilización de ellas, se debe a falla del servicio" (Sentencia del 31 de Julio de 1989, Expediente 2852, Actor Jorge Arturo Herrera, Magistrado Ponente doctor José Antonio de Irisarri Restrepo).

"Concebidas así las cosas, se concluye que en caso sub-lite se está precisamente frente a la típica situación de la falla del servicio - presunta. La Administración intentó evadir su responsabilidad aduciendo el mismo argumento que su agente hizo valedero ante sus jueces pares y benévolos. El de la legítima defensa. Pero la perspectiva que esta Corporación tiene del insuceso es bien diferente. Se perfila también en los constantes señalamientos que la doctrina y la Jurisprudencia Nacional y Universal ha fijado sobre la extensión y comprensión de la responsabilidad del Estado frente a los derechos del ciudadano y las obligaciones y deberes de aquél. Ya se dijo acá , en los párrafos transcritos (sic), cómo los agentes del Estado que utilicen armas tienen la obligación de manejarlas con "EXTREMA PRUDENCIA Y DILIGENCIA " y como cuando la duda acerca de los factores de responsabilidad no pueden disiparse, permanece la presunción de responsabilidad en cabeza del ente administrativo acusado.

"Nuestra Constitución Nacional consagra en su artículo 16 la obligación de las autoridades de la República de "proteger a todas las personas residentes en Colombia, en SUS VIDAS, HONRA Y BIENES...."

"D.- El eximente de responsabilidad penal que con éxito planteó ante sus jueces el implicado García Botero no tiene acá la misma evaluación y acogida tanto por las razones ya insinuadas como porque encuentra el Tribunal que tal situación no aparece suficientemente probada.

El estatuto de la legitima defensa tiene bien definidos sus elementos integrantes y ninguno de ellos aparece acá siquiera perfilado. Resulta un exabrupto aceptar la afirmación que hace la entidad demandada que el Agente García Botero vio amenazada su integridad física o su vida por el joven William Mauricio cuando éste, en estado de alicoramiento y por consiguiente de inferioridad, intentó enfrentar al Agente que le intimaba rendición y captura. Tal conducta pudo tener ocurrencia. Pero ella jamás autorizaba al Agente para disparar sobre la humanidad inerme de su oponente. El proceso penal seguido contra el Policía implicado en este doloroso asunto consigna con claridad los elementos que portaba el infortunado joven. Allí no se habla de arma de ninguna clase. Entonces no se entiende cómo se habla de la legítima defensa que ejerce un policía

no solamente armado sino debidamente entrenado y preparado para afrontar esa y otra clase de contingencias de mayor envergadura, frente a un joven dominado por el alcohol y quizás por substancias alienantes. Se recuerda que el Acta de levantamiento del cadáver del occiso señala que se le encontró en sus vestiduras una porción de cocaína. (folio 17 cuad. 2º). De manera que para esta Corporación resulta sumamente claro y evidente que la situación acá planteada se enmarca dentro de los delineamientos típicos de la falla del servicio presunta que conlleva a la obvia declaratoria de la responsabilidad de la Nación y de la Policía Nacional en los perjuicios que causó su agente con la muerte del ciudadano WILLIAM MAURICIO ARDILA LOPEZ. En consecuencia de esta declaratoria deberá resarcir a quienes demostraron a lo largo del proceso que tiene legitimación para reclamar y recibir la indemnización pertinente.

"Como al principio se dijo, son demandantes los padres de la víctima ALFREDO ARDILA PINILLA y MARIA ALICIA LOPEZ DE ARDILA y los hermanos legítimos de la misma de nombre Ricardo Alfredo, Angela Alicia, Gerardo , Ilvar Javier, Sergio Roberto, Erwin Claudio, Iveth Rocío, Marlén Liliana (sic) , Clara Marcela Ardila López.

"Los menores Iveth Rocío, Marlén Eliana y Clara Marcela están representados por su padre para el ejercicio de esta acción. Los demás como mayores, otorgaron poder personal.

"E.- Por concepto de PERJUICIOS MATERIALES los padres del occiso reclaman lo correspondiente a los gastos funerarios y a "la ayuda económica" que el joven les daba hubiera podido darles de acuerdo con el trabajo que realizaba. Los gastos funerarios, no aparecen acreditados debidamente pues el recibo o factura del folio 19 del cuaderno principal carece de autenticación . El artículo 254 del C. de P.C vigente así lo exige. En cuanto a la "ayuda económica" o los salarios mínimos legales que el muerto hubiera podido devengar , desde el día de su óbito hasta cuando hubiera vivido normalmente..." no aparecen debidamente determinados en el proceso para poder hacer su fijación. Es cierto que el salario mínimo legal existente en la época en que ocurrieron los hechos podría establecerse . Pero el apoderado del demandante olvidó pedir la certificación respectiva. Por consiguiente no se determinó. Por lo demás considera el Tribunal que este factor indemnizatorio debe fijarse sobre elementos absolutamente ciertos y concretos y no sobre simples eventualidades que dependen no sólo del factor temporal, político-económico sino de la voluntad del hijo de permanecer o no al lado de sus padres para brindarles la "ayuda" económica o el fruto total de su trabajo futuro. Todo ésto es absolutamente aleatorio. Luego no puede tenerse como elemento constitutivo de los perjuicios materiales

reclamados. No se reconocerán entonces como tales los gastos que aparecen como efectuados por el demandante ALFREDO ARDILA en la factura No. 2303 que corre al folio 19 del primer cuaderno, por lo antes anotado.

"F.- DE LOS PERJUICIOS MORALES .- La apoderada de los demandantes pide que se condene a la Nación a pagar a cada uno de los procurados "la suma que en dinero Nacional corresponda a mil gramos oro."

"Conforme a lo establecido por esta Corporación y repetidamente dispuesto por el Honorable Consejo de Estado, los perjuicios de orden Moral comprende a quienes acrediten estrechos lazos afectivos surgidos de la consanguinidad, de la solidaridad y de la convivencia. Todos ellos se presumen entre padres e hijos, entre esposos y compañeros permanentes y en algunas circunstancias demostradas, entre hermanos. Siguiendo , pues tales parámetros reconocerá y ordenará el Tribunal en (sic) pago de un mil gramos oro para cada uno de los padres de WILLIAM MAURICIO, señor ALFREDO ARDILA PINILLA y señora MARIA ALICIA LOPEZ DE ARDILA, cantidad que pagará la Nación Colombiana , debidamente reajustada conforme lo dispone el artículo 176 del C.C.A y a lo solicitado en la demanda. Así mismo dispone el reconocimiento y pago de quinientos (500) gramos de oro a cada uno de los hermanos menores del interfecto WILLIAM MAURICIO ARDILA LOPEZ, es decir a IVETH ROCIO ARDILA LOPEZ, MARLEN ELIANA y CLARA MARCELA ARDILA LOPEZ quienes compartían el techo y quehaceres familiares con la víctima (fol. 30 cdno 2º).

"En el proceso no se demostró que los demás hermanos, que eran mayores del occiso, dependieran del mismo. En consecuencia , se deniegan los reconocimientos que a título de indemnización de orden moral se solicita en la demanda.". (fls. 59 - 73 Cdno No. 1).

-II-

VISTA FISCAL

A folios 81 y siguientes del cuaderno No. 1, obra el concepto rendido por la Fiscal Octava de la Corporación , Dra. MARIA STELLA PENA DE MENDEZ, en el cual se discurre, en lo sustancial,dentro del siguiente universo:

"Esta Agencia del Ministerio Público, no comparte los planteamientos de la Fiscalía de primera instancia que lo llevaron a concluir una posible ineptitud de la demanda porque no se expresó el concepto de violación de las normas citadas.

"En efecto, el Artículo 137 num. 4º del C.C.A., establece que uno de los requisitos que debe contener toda demanda dirigida a la jurisdicción Contencioso Administrativa es el de expresar los fundamentos de derecho de las pretensiones y agrega, "cuando se trate de la impugnación de un acto administrativo deberán indicarse las normas violadas y explicarse el concepto de su violación."

"De la norma comentada se deduce , que solamente cuando de impugnaciones de actos administrativos se trate, se debe no solamente indicar las normas que se estimen violadas sino también el concepto de su violación lo cual implica , que no exige este requisito cuando se ejercitan acciones, distintas a las impugnatorias de actos administrativos como ocurre con la reparación directa.

"La Fiscalía comparte la decisión del H. Tribunal para declarar administrativamente responsable al Estado por la muerte causada a William Mauricio Ardila López en hechos ocurridos el 21 de Marzo de 1987 en el perímetro urbano de Chiquinquirá a manos de un agente de la Policía Nacional Guillermo García Botero.

"En efecto , ha sido acreditada la muerte del señor William Mauricio Ardila López, según Registro civil de Defunción expedida por la Notaría Segunda de Chiquinquirá, la cual señala como causa principal de su muerte "ANEMIA AGUDA- HERIDA ARMA DE FUEGO" (fol. 7 cuaderno principal).

"Ha sostenido reiteradamente la jurisprudencia del H. Consejo de Estado apoyada en normas del C.P.C., que la sentencia penal condenatoria no permite poner en duda en el proceso civil o administrativo, ni la existencia del hecho ni la responsabilidad del condenado y que la absolutoria tendrá efectos de cosa juzgada, cuando en el proceso penal se halla declarado que el hecho causante del perjuicio no se realizó o que el sindicado no lo cometió o que obró en cumplimiento de un deber o en legítima defensa (Art. 30 del Decreto 409 de 0971, norma vigente para la época que fue presentada esta demanda y recogida en el Art. 55 del Decreto 50 de 1987).

"En este caso, profirió sentencia penal absolutoria el Consejo Verbal de Guerra - Departamento de Policía Boyacá en donde se resolvió acoger el veredicto absolutorio emitido por el Jurado de Conciencia y como consecuencia absolvió al agente de la Policía Nacional Guillermo García Botero por el delito de homicidio consumado en William Mauricio Ardila López, por concluirse que :"....no existía en el agente GARCIA el ánimo de herir y menos de terminar con la vida de ARDILA LOPEZ, puesto que la trayectoria del proyectil encontrado indica la forma o dirección en que entró, demostrando con ello que la versión del acusado

es verdadera y no como quiere hacer ver el hermano de la víctima, pues el orificio de entrada hubiera tenido otra trayectoria y no la que describe el Médico Legista".

"Esta providencia fue confirmada por el Tribunal Superior Militar (Folios 24 a 29 cuad. de pruebas).

"A juicio de la Fiscalía en estas circunstancias la sentencia penal absolutoria en este caso no tiene efectos de cosa juzgada, que consagra el artículo 55 del C. P. P. (Art. 30 del Decreto 409 de 1971).

"Se recibió el testimonio de Alfonso Salazar Delgado, el único testigo presencial de los hechos quien afirma que la muerte de William Mauricio Ardila López, ocurrió un sábado como a la una y media o dos de la mañana, que el estaba en el parque Julio Flórez con el Celador Nelson Roa en la población (sic) de Chiquinquirá y de un momento a otro empezó la gente a gritar que lo cogieran y la Policía les pidió colaboración para atrapar dos tipos porque tenían ciclas y así procedieron a la persecución, el declarante cuando iba en la cicla vio que un agente de la policía iba en una cicla semicarrera en persecución del individuo y oyó cuando el agente le dijo alto al muchacho y este trancó la carrera y prendió el policía (sic), después se oyó un tiro y el muchacho cayó, cuando llegó el declarante Alfonso Salazar al pie del muchacho éste pedía que lo llevaran al Hospital y un carro de la Policía lo recogió y lo llevó al Hospital y después se supo que había fallecido.

"Esta agencia del Ministerio Público, comparte igualmente la tesis del Tribunal de Instancia sobre la falla presunta en el servicio, que no fue invocada en la demanda, pero que se aplica en el presente proceso, pues como lo ha venido sosteniendo en reiterada jurisprudencia el H. Consejo de Estado, el perjuicio causado con arma de dotación oficial, hace presumir la falla en el servicio, ya que como ocurrieron los hechos , hay que concluir que William Mauricio Ardila López falleció a consecuencia del disparo que le propinó el agente de la Policía Nacional Guillermo García Botero en momentos que opuso resistencia de ser capturado por éste.

"*DE LOS PERJUICIOS*

"Es de parecer de la Fiscalía, que en este caso no hay lugar a condena de perjuicios morales para Alfredo Ardila Pinilla, padre de la víctima, como se solicitó en la demanda, ya que se desprende del registro civil de nacimiento de éste último (fol. 6 cuad. principal), y del registro civil de Matrimonio de los padres (folio. 8 cuad. principal), que éste fue concebido y nació fuera del matrimonio y no fue legitimado por el que posteriormente contrajeron aquellos y no fue reconocido como hijo matrimonial por el señor Alfredo Ardila Pinilla.

"Cosa muy distinta ocurre con la madre demandante, pues del registro civil de nacimiento de William Mauricio Ardila López, se deduce con claridad , que éste era hijo de María Alicia López, y con esta sola prueba queda demostrado este hecho. Igualmente, no existe duda de la legitimación por activa de los hermanos del occiso, porque en el proceso está demostrado (folios 15, 16, y 17 cuad. Princ.).

"Por lo explicado la Fiscalía considera que debe negársele al señor Alfredo Ardila Pinilla la indemnización por perjuicios morales como padre de la víctima.

"Por lo anterior , esta Agencia Especial del Ministerio Público solicita al H. Consejo de Estado- Sección Tercera-, se modifique el punto segundo de la sentencia consultada, de conformidad con lo explicado y se confirme en lo demás.".

-III-

CONSIDERACIONES DE LA SALA

A) La sentencia consultada será revocada, pues en el caso *sub- examine*, los actores no demostraron estar legitimados por activa.

No lo están ALFREDO ARDILA PINILLA y MARIA ALICIA LOPEZ DE ARDILA, quienes alegaron , dentro del proceso, ser los padres del finado Sr. WILLIAM MAURICIO ARDILA LOPEZ, porque no demostraron serlo.

El occiso nació el día dieciocho (18) de septiembre de mil novecientos sesenta y cinco (1.965), pero de la lectura del acta respectiva (C 1, fol. 99) no se vivencia que quienes afirman ser sus padres, lo hayan reconocido en legal forma, pues ninguno de los dos aparece suscribiendo el referido documento ni haciendo las manifestaciones que se disponen en el artículo 2º de la ley 45 de 1.936.

En la materia que se estudia no debe perderse de vista que el reconocimiento de hijos extramatrimoniales puede hacerse en el acta de nacimiento, por escritura pública, testamento y declaración ante juez. Al comentar todos estos aspectos el Profesor Gustavo León Jaramillo , recuerda:

"Reconocimiento por acta de nacimiento . Ley 75 de 1968. artículo 1º.

"El Artículo 2º de la Ley 45 de 1936, quedará así: "El reconocimiento de hijos naturales es irrevocable y puede hacerse:

"1º. En el acta de nacimiento, firmándola quien reconoce...."

"El Decreto 1260 de 1970 indica el modo de extender las actas del registro del estado civil exigiendo entre otras formalidades, la firma de los comparecientes denunciantes (Artículo 37, inciso 2º). *Si uno de ellos expresa su calidad de padre o madre natural queda efectuado el reconocimiento. Más frente a la manifestación de ser registrado hijo natural de persona distinta a cualquiera de los comparecientes denunciantes*, queda el funcionario encargado del registro del estado civil en la obligación de efectuar alguna diligencias, como se aprecia en los textos legales que se transcriben:

"Artículo 1º Ley 75 de 1968, inc. 2º numeral 1º: "El funcionario del Estado Civil que extienda la partida de nacimiento de un hijo natural, indagará por el nombre, apellido, identidad y residencia del padre y de la madre, e inscribirá como tales a los que el declarante indique, con expresión de algún hecho probatorio y protesta de no faltar a la verdad. La inscripción del nombre del padre se hará en libro especial destinado a tal efecto y de ella sólo se expedirán copias a las personas indicadas en el ordinal 4º, inciso 2º de este Artículo y a las autoridades judiciales y de policía que las solicitaren. (El inciso se refiere a las personas que pueden provocar la confesión).

"Dentro de los treinta días siguientes a la inscripción, el funcionario que la haya autorizado la notificará personalmente al presunto padre, si éste no hubiera firmado el acta de nacimiento. El notificado deberá expresar, en la misma notificación, al pie del acta respectiva, si acepta o rechaza el carácter de padre que en ella se le asigna, y si negare ser suyo el hijo , el funcionario procederá a comunicar el hecho al defensor de menores para que éste inicie la investigación de la paternidad.

"Igual procedimiento se seguirá en el caso de que la notificación no pueda llevarse a cabo en el término indicado o de que el declarante no indique el nombre del padre o de la madre.

"El reconocimiento puede hacerse en cualquier tiempo no solamente en los 30 días que alude el Artículo 1º de la Ley 75 de 1968, *cuando se haga el reconocimiento por acta de nacimiento se excluye la partida eclesiástica.*

"Mientras no sea aceptada la atribución por el notificado o la partida de nacimiento no se haya corregido en obediencia a fallo de la autoridad competente, no se expresará el nombre del padre en las copias que de ella llegaran a expedirse".

"El texto legal transcrito es de por sí claro sin que precise explicación complementaria con relación al mismo. No obstante pueden resaltarse, por importantes, los siguientes puntos:

"a) La exigencia de que el denunciante ostente la calidad de padre y firme la denunciación es elemental, y es prudente, por demás, la conducta exigida al funcionario del estado civil cuando el compareciente no es el padre o cuando ni siquiera se sabe su identidad ni aun por dicho de un tercero.

"b) *La partida eclesiástica* (fe de bautismo) no es apta para contener el reconocimiento. No es únicamente exigencia particular de la legislación acerca de la filiación natural sino además de las normas sobre el estado civil, puesto que tales partidas tampoco son aptas para acreditar el respectivo nacimiento: "Los hechos y actos relacionados con el estado civil de las personas, ocurridos con posterioridad a la vigencia de la Ley 92 de 1938, se probarán con copias de la correspondiente partida o folio, o con certificados expedidos con base en los mismos" (Decreto 1260/70, Artículo 105, inc. 1º).

"De otra parte , la posibilidad de la confesión por este medio es muy remota. El derecho canónico (Canon 375) indica que sólo el párroco firmará dicha acta; pero ante la eventualidad no imposible de que el padre firme el acta eclesiástica, tal prueba (excelente por demás) da base a una declaración de paternidad por sentencia.

"c) Son competentes todos los funcionarios encargados del registro civil.

"Reconocimiento por escritura pública. "Escritura pública es un documento público otorgado por un notario en ejercicio de su cargo o con su intervención e incorporado al respectivo protocolo" (Artículo 251, inc. 2º , C. de P.C.).Persiste la duda si el menor de edad pueda reconocer por este medio.

"Reconocimiento por testamento. Indica el numeral 3º del Artículo 1º , Ley 75 de 1968 que el reconocimiento puede hacerse "por testamento, caso en el cual la revocación de este no implica la del reconocimiento". "El testamento es un acto más o menos solemne, en que una persona dispone del todo o de una parte de sus bienes para que tenga pleno efecto después de sus días, conservando la facultad de revocar las disposiciones contenidas en él mientras viva" (Artículo 1055, C.C.)..

"*Reconocimiento por manifestación expresa y directa hecha ante un juez.*

"Derogado Artículo 10 Decreto de 1.989 (sic) . Las ideas esbozadas con respecto a las características del acto de reconocimiento anticipan claramente lo que sobre esta cuarta manera quepa decir; concretamente con lo preceptuado por el propio artículo primero: la manifestación

expresa y directa ante un juez es suficiente, "aunque el reconocimiento no haya sido el objeto único y principal del acto que lo contiene".

"Es pertinente predicar del medio en análisis, lo siguiente:

" - La propia ley hace consagraciones tomando como premisa la permisión de reconocer por este sistema . Así, por ejemplo, exige el juramento decisorio antes de iniciar un proceso de filiación natural, que debe practicarse con anterioridad a la admisión de la demanda (la ley no lo dice expresamente). Según la redacción del Artículo, este juramento debe practicarse siempre (Véase Artículo 14, inc. 3º , Ley 75 de 1.968).

Además , el demandado tiene la facultad de reconocer al hijo como suyo en cualquier momento del proceso, supuesto en el cual éste termina, quedando en deber el funcionario de efectuar las diligencia pertinentes sobre la prueba del estado civil (corrección de partida de nacimiento, su inscripción, etc.), sobre patria potestad, guarda , alimentos y también de protección a la madre (ver Artículo 15 ib.).

"-Es competente para recibir tal reconocimiento, cualquier funcionario que detente la categoría de juez , no sólo el de menores como en apariencia pudiera creerse. Por ende, todo juez, individual o colectivo , en jurisdicción ordinaria o especial, cualquiera sea la rama de su competencia y aun en las más inopinadas e inesperadas diligencias será funcionario con investidura especial para saber de un reconocimiento. En resumen, ni la categoría del juez ni la naturaleza de la diligencia importan para el reconocimiento. ".(Derecho de Familia y de Menores. Editorial Universidad de Antioquia, pags. 300 y ss. ss). (Subrayas de la Sala).

En el *sub-lite*, se reitera, el Señor Alfredo Ardila Pinilla, no aparece reconociendo a William Francisco Ardila López, como su hijo natural, ni en el acta de nacimiento, ni por escritura pública, ni por testamento, ni por manifestación hecha ante juez.

Por lo que hace relación con la señora MARIA ALICIA LOPEZ DE ARDILA, ella tampoco aparece reconociendo al finado como su hijo extra-matrimonial, por ninguno de los medios de ley. En este particular, la Sala reitera la pauta jurisprudencial que fijó en sentencia de 13 de junio de 1.991, Expediente 6300, Actor, Alberto Rincón , en el cual se lee:

"Para demostrar la titularidad del derecho pretendido, se allegó al expediente sendos certificados de registro civil de nacimiento de LUIS EDUARDO y ALBERTO RINCON (fls. 10 y 12). En ambos certificados aparece como madre la señora ROSA MARIA RINCON.

"Para el actor dichos certificados son prueba suficiente de que los mencionados LUIS EDUARDO y ALBERTO, son descendientes extramatrimoniales de la señora ROSA MARIA RINCON, sin embargo, frente a las disposiciones legales vigentes, ello no es así, y le asiste razón al a-quo cuando expresa: "...De otra parte el artículo 1º de la ley 75 de 1968 que modificó el artículo 2o. de la ley 45 de 1936 dispone que el reconocimiento de hijos extramatrimoniales es irrevocable y que en caso de que éste se efectúe en el acta de nacimiento requiere de la firma de quien hace tal reconocimiento.

"En el evento de autos no aparece documento alguno con el que se acredite que la señora Rosa María Rincón haya declarado o reconocido su carácter de madre de Luis Eduardo y Alberto Rincón , como tampoco se aportó prueba alguna del hecho de ser aquella soltera o viuda al momento del parto y del hecho mismo del parto de Luis Eduardo y Alberto.

"En otras palabras, no se halla demostrado dentro del plenario la relación o vínculo de consanguinidad (sic) existente entre el actor y la víctima de los hechos que se aducen como base de la demanda y que constituyen el funcionamiento del interés para deducir responsabilidad a la Nación Colombiana y consecuencialmente condena al pago de los perjuicios que se afirma se irrogaron al actor". (folios 77 y 73).

"Y para abundar en la necesidad del reconocimiento del hijo extramatrimonial, que no se probó en el sub-lite, la Sala se permite transcribir la parte pertinente del auto proferido por esta Sala al desatar en recurso de súplica: "...a. Conforme a los artículo originales del C.C., 318 y ss., tanto el padre como la madre naturales, debían 'renocer' por instrumento público al hijo y en caso de 'maternidad disputada', disponía el derogado artículo 324, en su inciso final" " la partida de nacimiento no servirá de prueba para establecer la maternidad".

"En este régimen, pues , no había sino el reconocimiento voluntario del padre o madre, mediante documento público.

"b) El mismo régimen se mantuvo con las modificaciones de la ley 153 de 1887.

"c) La Ley 45 de 1936, cambio la situación del hijo natural frente a la madre. Dispuso en su artículo 1º . :

"El hijo nacido de padres que al tiempo de la concepción no estaban casados entre sí, es hijo natural , cuando ha sido reconocido o declarado tal con arreglo a lo dispuesto en la presente ley. También se tendrá esta

calidad respecto de la madre soltera o viuda por el solo hecho del nacimiento'.

"Pero aún tiene que probar dos hechos importantes el hijo que afirme tener por madre natural a determinada mujer:

"1. "Que era soltera o viuda al momento del parto; y

"2. "El hecho mismo del nacimiento o parto.

"d) Conforme al artículo 1o. de la ley 75 de 1968, la maternidad se prueba por la firma de la madre en el 'acta de nacimiento ', y en su ausencia , por la investigación que debe adelantarse conforme al inciso final de dicho artículo, común a padre y madre y la comparecencia de los mismos.

"O, con aplicación del artículo 1o., de la ley 45 de 1936, citada por el recurrente, probando, ante la ausencia de la firma de la madre en el registro civil de nacimiento, el hecho del parto y la calidad de soltera o viuda, o si era casada la prueba, con sentencia debidamente ejecutoriada, de que fue impugnada la paternidad legítima y ésta fue acogida.

"e. De ahí que conforme al artículo 75 de la ley 153 de 1887, en concordancia con el artículo 335 del C.C., la impugnación de la maternidad implica la prueba de la falsedad del parto o la suplantación del hijo nacido por otro " (auto de 22 de septiembre de 1.983. Expediente No. 3880. Actor Larys María Narváez).

"Con base en lo anterior , se concluye claramente que no se demostró el estado civil requerido para legitimar las pretensiones de Alberto Rincón, como supuesto hermano extramatrimonial del occiso Luis Eduardo Rincón, pues, no se acreditó fehacientemente el hecho básico de haber tenido una misma progenitora.

"El apelante, allegó con su recurso copia autenticada de los registros civiles que obran a folios 86 a 88, los que no aportan nada nuevo para la decisión, puesto que en ellos no aparece la firma de la madre en aceptación del reconocimiento de que se trata. Vale la pena precisar con relación al documento que ocupa el folio 87, que si bien es cierto allí se hace mención a la comparecencia de Rosa María Rincón , esta no lo suscribe , además de que ello no subsana la deficiencia que se ha recalcado, puesto que el reconocimiento echado de menos debió acreditarse con respecto al hoy demandante y al occiso, lo cual no ocurrió.

"Además, cabe aclarar al recurrente que una cosa es la inscripción del nacimiento en el registro de estado civil, que es la certificación que

normalmente expiden los notarios, y otra bien distinta el reconocimiento que en calidad de padre o madre extramatrimoniales están obligados a hacer quienes dicen ostentar dichas calidades.

"De manera que, ante la falta de legitimación por parte del actor, se impone la denegatoria de las pretensiones de la demanda, confirmando así la sentencia apelada en su integridad.".

B) Las dudas sobre la calidad de padres de los demandantes, suben de tono , cuando se lee la partida de matrimonio de origen eclesiástico, en la cual se afirma que ALFREDO ARDILA y MARIA ALICIA LOPEZ, legitiman a varios hijos, pero no enlistaron a WILLIAM. Por contera, y como lo recuerda muy bien el Dr. Gustavo León Jaramillo, en la obra citada, "La partida eclesiástica (fe de bautismo) *no es apta para obtener el reconocimiento*. No es únicamente exigencia particular de la legislación acerca de la filiación natural sino además de las normas sobre el estado civil, puesto que tales partidas tampoco son aptas para acreditar el respectivo nacimiento:

"Los hechos y actos relacionados con el estado civil de las personas, ocurridos con posterioridad a la vigencia de la ley 92 de 1.938, se probarán con copias de la correspondiente partida o folio , o con certificados con base en los mismos"(Decreto 1260/70 , Artículo 105, inc. 1o.) (Obra citada, pag. 301).

En el caso *sub exámine* , se recuerda, la citada acta de origen eclesiástico se refiere a un matrimonio celebrado el día 30 de Mayo de 1.966, lo que indica que ella no puede tenerse como prueba.

C) De la lectura de la Escritura Pública No. 1.196 de 10 de Diciembre de mil novecientos noventa y uno (1.991), se desprende que ALFREDO ARDILA PINILLA Y MARIA ALICIA LOPEZ DE ARDILA , manifestaron su voluntad de LEGITIMAR a WILLIAM MAURICIO ARDILA LOPEZ. En la Cláusula cuarta del referido documento se expresa que el occiso falleció el día 21 de marzo de 1.987, "...siendo SOLTERO y sin dejar hijos naturales o adoptivos y por consiguiente no dejó descendencia alguna...". Así las cosas, el fallador se encuentra frente a una legitimación por instrumento público, ya fallecido el hijo, la cual exige, para que produzca todos sus efectos en derecho , que el de cujus haya dejado descendencia legítima o natural, circunstancia que no se da en el *sub-lite*. En este momento del discurso se recuerda que toda legitimación, como todo reconocimiento de hijo extra-matrimonial, requiere la aceptación del beneficiado. En esta materia el Profesor Gustavo León Jaramillo , en la obra ya citada , recuerda:

"b) Legitimación voluntaria o por instrumento público.

"Siempre ante el supuesto del matrimonio, es factible una distinta forma de legitimación por oposición a la que se presenta de pleno derecho.

Supone ella la concepción y nacimiento fuera de matrimonio, la exclusión del caso de legitimación "ipso jure", la iniciativa o voluntad de los padres legitimantes, *la aceptación expresa o tácita del hijo legitimado y algunas solemnidades especiales.*

"Los dos padres de consumo tienen la facultad de seleccionar e indicar a cuáles hijos otorgan la legitimación: discriminadamente o no, los progenitores a su arbitrio pueden escoger dentro de sus hijos las personas a legitimar , sin que los otros puedan llamarse a derecho. Mientras en las de pleno derecho la ley directamente confiere el "beneficio", en la voluntaria sólo lo hace mediatamente, sujetando siempre este estado civil al querer de los padres.

"La voluntad debe ser vertida en instrumento público, que puede ser o la partida de matrimonio o una escritura pública y no hay límite de tiempo para realizar la legitimación voluntaria, *máxime que pueden ser legitimados los propios hijos cuando estén muertos.*

"Pero si bien es de la voluntad de los padres de donde surge en principio la legitimación voluntaria, no es ella suficiente para producirla; *es necesaria la aceptación del hijo.* Legalmente se indica un término de aceptación o de no aceptación , según el Artículo 243, de noventa días contados a partir de la notificación de la legitimación voluntaria. Estrictamente, el término propiamente es para repudiar, porque ante el silencio del notificado una vez precluido el tiempo se entiende que acepta. *Dígase de una vez que la repudiación que siempre ha de ser expresa (y aun la misma aceptación de igual naturaleza), debe ser hecha solemnemente por instrumento público .*

"Existen dos omisiones legales a este respecto: la primera en cuanto a la forma de notificación ; la segunda en cuanto al plazo que se tiene para efectuarla. En cuanto a la manera de notificación no podrá ser otra que la indicada en el Artículo 315 del C. de P.C., es decir , el enteramiento oficial de tipo personal.

"Algo muy distinto acontece cuando de la segunda omisión se trata: no hay plazo preclusivo , lo que puede permitir que la notificación sea hecha hasta después de la muerte de uno o ambos padres a solicitud de quien esté interesado en la legitimación. Pero no debe confundirse esta posibilidad con la que permitiría la legitimación muerto uno de los eventuales legitimantes: mal podría hacerse una legitimación en estas condiciones cuando se requiere de la voluntad conjunta de los padres.

"Abunda el Código en indicaciones para efectos de saber a quién se notifica (Artículos 240, 241 y 242) : si el notificado es capaz tendrá conocimiento directo de la legitimación que se le pretende hacer, de lo

contrario, *deberá mediar un representante legal, de conformidad a las prescripciones generales.*

"c) Legitimación por instrumento público muerto el hijo

"Es la voluntad de los padres la que determina en últimas a quiénes y cuándo se legitiman sus hijos. Dentro de la discrecionalidad de ellos, está no sólo la selección de las personas sino también el tiempo que puede llegar hasta luego de la muerte del hijo; *en este último caso debe existir, sin embargo , descendencia legítima o natural.* La notificación se hace en similitud de circunstancias cual si el hijo estuviese vivo; ella puede ser aceptada o rechazada y en caso de desacuerdo entre los descendientes, se admitirá la legitimación del difunto, pero no surtirá efectos sino para quienes aceptaron, únicamente a ellos aprovecha o perjudica la legitimación.". (O.c. pag. 276 - 277) (subrayas de la Sala).

Dentro del universo jurídico que se deja expuesto, se impone concluir que la legitimación que se recoge en la Escritura Pública No. 1.196 de 10 de diciembre de 1.991, no produce , para el caso en comento, ningún efecto jurídico favorable a los demandantes.

D) Tampoco obra dentro del informativo prueba suficiente que le permita al *ad-quem* concluir que los demandantes son terceros, que resultaron afectados con la muerte de William Mauricio Ardila López. Dentro del período probatorio se recepcionaron las declaraciones de MARIA LILIA VARGAS MUÑOZ, GIRALDO ALFONSO MURCIA CASTELLANOS, ALFONSO SALAZAR SALGADO, MARIA DEL SOCORRO VASQUEZ DE FORERO Y JOSE FLAMINIO MASMELA ZAQUE, pero ninguno de ellos mienta a los padres del finado por su nombre, realidad que hace imposible para el sentenciador hacer esfuerzos de calistenia probatoria para concluir que lo son los demandantes. La única deponente que dice que el padre del finado es el señor Alfredo Ardila , el NOHEMI FORERO DE GONZALEZ, pero el juicio se explica porque en la pregunta se le insinuó la respuesta.

En lo pertinente del testimonio se lee : "Sírvase manifestar al Despacho si le consta o no qué sabe sobre la muerte del joven William Mauricio Ardila López, hijo de ALFREDO ARDILA.....CONTESTO: A mi no me consta nada, porque *yo no conocí al muchacho* al señor ARDILA lo conozco, o sea *al padre pero al muchacho* no, supe que habían matado a un hijo del señor ARDILA , pero yo nunca lo traté ni supe quien sería el muchacho" (subrayas de la Sala).

Dentro del temperamento que se deja descrito, el anterior testimonio no es prueba suficiente para considerar que el Señor Alfredo Ardila Pinilla es un tercero, realmente afectado por la muerte de William Mauricio Ardila.

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

FALLA:

PRIMERO: REVOCASE la sentencia calendada el día veintiséis (26) de Junio de mil novecientos noventa y uno (1.991), proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá, dentro del proceso del rubro, y en su lugar, RESUELVE:

Deniéganse las pretensiones de la demanda por falta de legitimación por activa.

SEGUNDO: Ejecutoriado el presente fallo, devuélvase el expediente al tribunal de origen.

COPIESE , NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE.

Daniel Suárez Hernández, Presidente de la Sala; *Carlos Betancur Jaramillo, Juan de Dios Montes Hernández, Julio César Uribe Acosta.*

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

RESPONSABILIDAD POR DAÑO ESPECIAL - Guerrilla

La administración tiene el deber jurídico de indemnizar los perjuicios causados por el movimiento subversivo que llevó a cabo el atentado, con apoyo en la teoría del daño especial. Con esto se quiere significar que el comportamiento de la fuerza pública fue, desde todo punto de vista, lícito, pero el daño resulta anormal y excepcional, en relación con los que deben soportar los demás integrantes de la comunidad. El problema de la guerra, como camino bloqueado, esto es, sin salida, genera para el Estado nuevas responsabilidades, que deben ser definidas por la magistratura teniendo en cuenta, en cada caso, las especiales circunstancias, y lo que se podía demandar del servicio.

PERJUICIOS MORALES POR BIENES MATERIALES

La pérdida de las cosas materiales, por si misma, no amerita su reconocimiento. Es posible que en circunstancias especiales, y por razones de particular afecto, se vivencie el dolor moral por la pérdida de los bienes materiales. Pero la materia necesita ser tratada con un especial enfoque cultural y filosófico para no rendirle culto a las personas que no poseen las cosas, sino que se dejan poseer por ellas. La circunstancia de que el presente conflicto de intereses se haya desatado con la filosofía del daño especial, permite concluir que el particular damnificado también está obligado, por razones de equidad, a soportar la angustia, el malestar y el dolor que la falta de seguridad genera en toda la comunidad.

INDEMNIZACION DE PERJUICIOS-Requisitos/ **PRINCIPIO DISPOSITIVO**

Cuando se demanda el pago de perjuicios es necesario dejar a un lado la informalidad con que se suelen hacer las demandas, y precisar, de la mejor manera posible, qué daños deben ser indemnizados y en cuánto se estima su monto. Si el demandante no solicita el pago de perjuicios morales, o se limita a impetrar el pago del daño emergente, pero nada dice sobre el lucro cesante, esos espacios de duda no pueden ser manejados, a su voluntad, por el fallador.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera

Santafé de Bogotá, D.C., Julio treinta (30) de mil novecientos noventa y dos (1.992).

Consejero Ponente : *Doctor Julio César Uribe Acosta*

Referencia: Expediente N°. 6828 Actor: Carlos Arturo Pinzón Vargas.

DEMANDADO: LA NACION-MINISTERIO DE DEFENSA Y OTRO.

Agotada la tramitación procesal de ley, sin que se observe causal de nulidad que vicie la actuación, procede la Sala a desatar el recurso de apelación interpuesto por los apoderados de ambas partes, contra la sentencia calendada el día cuatro (4) de Junio de mil novecientos noventa y uno (1.991), proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, que en su parte resolutiva, DIS PUSO :

"PRIMERO.- Declárase responsable a la Nación-Ministerio de Defensa Nacional- de los perjuicios que sufrió el ciudadano CARLOS ARTURO PINZON VARGAS como consecuencia de la destrucción de su casa, ocurrida el 21 de septiembre de 1.988 en las circunstancias descritas en esta providencia."

"SEGUNDO.- Condénase en abstracto a la Nación-Ministerio de Defensa- a pagarle al demandante los perjuicios materiales por concepto de daño emergente en la suma que resulte en posterior liquidación hasta un máximo de VEINTE MILLONES DE PESOS, suma que deberá actualizarse de acuerdo a lo previsto por el C.C.A."

"TERCERO.- La Nación -Ministerio de Defensa- deberá pagar al demandante por concepto de perjuicios morales subjetivos la suma equivalente al valor de UN MIL GRAMOS DE ORO."

"CUARTO.- Niéganse las restantes peticiones de la demanda."

Para la mejor comprensión jurídica de todas las circunstancias legales, generales y particulares del caso, se transcribe a continuación lo pertinente del fallo impugnado, en el cual se razona judicialmente dentro del siguiente temperamento.

"Asistido por un profesional del derecho el ciudadano CARLOS ARTURO PINZON VARGAS acude ante este Tribunal indicando como partes demandadas a la Nación -Ministerio de Defensa Ejército Nacional - y al municipio de Bucaramanga - departamento administrativo de Planeación Municipal- para que profiera fallo de mérito que resuelva las siguientes pretensiones:

"1a.- Declarar responsable a la Nación -Ministerio de Defensa Ejército Nacional- y al municipio de Bucaramanga - Departamento Administrativo de Planeación Municipal - de la totalidad de los daños y perjuicios ocasionados al ciudadano CARLOS ARTURO PINZON VARGAS con la destrucción de su casa, durante hechos ocurridos el 21 de septiembre de 1.988 en la ciudad de Bucaramanga.-"

"2a.- Condenar a las entidades demandadas a pagarle al actor por concepto de perjuicios morales el equivalente al valor de un mil gramos de oro."

"3a.- Condenar asimismo a dichas entidades a pagarle al demandante por concepto de daño emergente, lucro cesante, y perjuicios morales objetivados, la cuantía que logre demostrarse en el proceso o aquella que resulte de liquidación posterior al fallo, o de acuerdo a lo previsto por el C.P. en su artículo 107, sumas que deberán actualizarse conforme a lo permitido por la ley."

"Para sustentar sus pretensiones la demanda relata los acontecimientos ocurridos el 21 de septiembre de 1.988, cuando sujetos pertenecientes a la guerrilla atacaron el Comando de la Segunda División del Ejército mediante un carro cargado de explosivos al que dejaron rodar, sin conductor por una de las vías contiguas a la sede militar, para que al chocar explotara y destruyera dicha edificación. Agrega, que el plan fracasó parcialmente, por la oportuna actividad de los soldados que custodiaban el lugar, quienes dispararon contra el automotor, haciéndolo explotar antes de llegar a la casa del Comandante. Pero que, los autores del atentado lograron huir, ya que no hubo ninguna captura. Y afirma, que debido a la onda explosiva, la casa de habitación del demandante, Sr. CARLOS ARTURO PINZON VARGAS, quedó totalmente destruida lo mismo que los enseres domésticos que allí estaban, pérdida que como es apenas lógico constituye graves perjuicios desde el punto de vista

moral así como en el plano económico ya que los bienes que sufrieron los destrozos eran el fruto de toda una vida dedicada al trabajo honrado. Aduce la demanda, que el funcionamiento del Comando Militar en pleno corazón de un sector residencial nunca fue bien recibido por los habitantes no por tratarse de una dependencia del Ejército, institución por demás querida y respetada, sino porque significaba ubicar la guerra en esa zona. Agrega, que la misma ubicación del inmueble desde el punto de vista estratégico era bastante vulnerable si se repara que allí confluyen varias vías de alto tránsito a lo cual se sumaba que podía llegarse en sentido descendente, circunstancia que fue aprovechada por los guerrilleros para hacer rodar el vehículo con los explosivos y huir rápidamente del lugar. Alega, que los vecinos del barrio Bolarquí, en varias ocasiones dialogaron con las autoridades castrenses en procura de que se cambiara la Segunda División a otro sitio que ofreciera menos riesgos para los militares y para los residentes. Pero que tales intentos fueron infructuosos, no obstante que días anteriores unos vehículos militares habían sido atacados en pleno centro comercial Guarín, lo que generaba mayores temores pues además en otros sitios del departamento los vehículos militares habían sido ya objeto de varios atentados. Por último, encuentra que, en las condiciones descritas, por razones de equidad las entidades demandadas deben indemnizar al actor, pues el tenía como todos los ciudadanos derecho a recibir protección en su vida, honra y bienes y que aún si se admitiera que no hubo falla alguna en tal cometido, en todo caso deberían responder por haberse roto el equilibrio de las cargas públicas."

"..."

"PARA RESOLVER SE CONSIDERA"

"Con el fin de expedir una decisión de mérito sobre las peticiones contenidas en la demanda, la Sala acomete el estudio del proceso en procura de examinar si se configuran los tres requisitos para deducir responsabilidad."

" EL DAÑO "

1º. Ante todo precisa advertir, que las pretensiones para que se declare responsable a los entes demandados de los daños y perjuicios que sufrió el actor debido a la destrucción de su casa donde habitaba, no especifican la dirección ni señalan los datos de dicho inmueble; pero tales indicaciones bien pueden hallarse en el numeral 1º. del acápite correspondiente a los "HECHOS Y OMISIONES FUNDAMENTALES DE LA ACCION", de donde surgen con claridad, que la construcción destruida se hallaba situada en la carrera 29 Nº. 51-08 del barrio Bolarquí, sector residencial

de Bucaramanga. También se encuentran en el fl. 62 donde consta "La descripción del inmueble".-"

"Identificado así el inmueble, aparece demostrada su propiedad mediante la copia auténtica del certificado de registro, donde consta que el demandante era su dueño, por haberlo comprado a Jorge Antonio Correa Guerrero, según escritura pública de la notaría 2a. registrada el 13-1071. Fls. 5 a 9.-"

"2º. Mediante inspección judicial extraproceso practicada el 30 de septiembre de 1.988 por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Bucaramanga con la intervención de peritos, se constataron los destrozos que sufrió tanto el inmueble ubicado en la carrera 29 Nº·51-08 como el menaje que allí se hallaba. Los daños a juicio de los peritos ascendieron a veinte millones de pesos. Quince que corresponden a la destrucción total de la casa y cinco a los enseres.- Fls. 11 a 20.-"

"3º. Ante este Tribunal, los peritos que emitieron dictamen extrajuicio, ratificaron su concepto, según aparece en los folios 134 a 137 y 219; sin embargo para efectos de cuantificar el monto carece de el valor tal diligencia según lo previsto por el C. de P. C. en su art. 233; pero en lo concerniente a los destrozos que los Sres. Peritos observaron, la Sala cree que sus dichos, unidos al resto de las probanzas, ameritan credibilidad."

"4º.- En el folio 140 aparece la copia auténtica del comunicado Nº. 12 expedido por el Comando de la Segunda División del Ejército el 21 de septiembre de 1988 informando la ocurrencia de un atentado terrorista mediante el empleo de un carro bomba en la calle 51 con carrera 28, al parecer dirigido hacia las instalaciones de la Segunda División ubicada en la carrera 30 con calle 51."

"Que como consecuencia fueron destruidas parcialmente 9 casas y dañados 5 vehículos particulares.-"

"Los mismos hechos objeto del referido comunicado aparecen en informe que remitió el señor Comandante de la Segunda División del Ejército a este Tribunal con fecha 31 de octubre de 1.989, en el cual se advierte que los destrozos materiales fueron considerados y que el atentado fue asumido como suyo por el comando "ELÍAS PINTO" de Ejército de liberación Nacional mediante volantes. Fl. 166.-"

"5º.- En el Cuaderno Nº. 3, aparece como prueba traslada, el informe rendido por la Segunda División del Ejército al Tribunal dentro del proceso Nº. 6140 promovido por HERNAN PRADA MORENO. En él se da cuenta de los hechos ocurridos el 21 de septiembre de 1.989 a las

siete y media, cuando uno de los centinelas detectó un vehículo que se dirigía por la carrera 30 hacia la sede militar y cuyo conductor emprendió la huida al ser requerido, produciéndose el choque del automotor con un árbol frente a la casa situada en la calle 51 Nº. 28-85, lo que causó de inmediato la explosión que afectó la zona en un radio aproximado de doscientos metros - Agrega, que un comando de apoyo simultáneamente disparó contra los centinelas y contra las instalaciones a fin de que el vehículo llegase hasta su objetivo. Se informa que el atentado fue hecho por un comando del E.L.N. Y que, entre las casas que mayores daños sufrieron está la de la familia PINZON GUEVARA Nº. 29-51 destruida en un noventa por ciento. Fls. 58 a 61.-"

"Con los elementos probatorios reseñados quedan entonces establecidos los daños materiales que sufrió el demandante, consistentes ellos, en la destrucción casi total de su residencia y de los muebles y enseres que allí se encontraban."

" II. LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA"

"Existiendo ya la evidencia de unos perjuicios, precisa dejar claro si hubo una actuación administrativa a la cual pudiera atribuirse la ocurrencia de los primeros. Dicho de otra manera, debe dilucidarse si los daños pueden atribuirse a los entes demandados por haberlos producido su actividad entendida por tal, cualquiera de las modalidades que la doctrina elabora con fundamento en los textos legales, bajo las denominaciones de actos, hechos, omisiones, operaciones o vías de hecho.-"

"En el caso de estudio, ya lo advirtieron tanto los entes demandados por conducto de sus voceros judiciales como el mismo Agente del Ministerio Público; la explosión fue perpetrada por sujetos ajenos al Gobierno. El Ejército en esta oportunidad fue el objetivo del atentado, sólo que, los daños sufridos por la institución fueron mínimos si se comparan con los de los propietarios vecinos. En estricto sentido la explosión provocada no constituye ni hecho ni operación, ni vía de hecho, ya que para que tales comportamientos se configuren es menester la actuación manifiesta de quien cumple la función administrativa. Se estaría hipotéticamente en presencia de una omisión, consistente en que el Ejército dejó de actuar cuando debía haberlo hecho. A juicio de la demanda, la omisión habría sido continuada, puede debiendo ubicarse la sede la Segunda División en otro sector, no se llevó a cabo el traslado. Unida a tal circunstancia, la demanda atribuye también como causa propicia para el atentado, el estar la sede Militar en un lugar de fácil acceso al tráfico vehicular ya que hasta la casa del Comandante por hallarse en un descenso podía llegar el vehículo sin conductor. No hace tal calificación el libelo introductorio, pero del contexto de la narración de los hechos surge el

criterio de la ocurrencia de la falla del servicio consistente en la omisión reseñada. Subyace en el alegato, la falta de protección a los habitantes del sector, quienes sufrieron el atentado en sus propios bienes."

"Este criterio, sin embargo no es de aceptación por la Sala, fundada en las siguientes razones:

"1º.- Del posible desagrado que pudieron experimentar los vecinos del barrio Bolarquí, por establecer allí el Comando de la Segunda División, debido al peligro que entrañaba para la seguridad del sector, no necesariamente se desprende la falla del servicio, pues como bien lo advierten la apoderada de la Nación, y la Fiscalía, las autoridades no sólo tienen derecho a convivir con la ciudadanía, sino que en ocasiones es su deber estar en inmediación de la comunidad a la que deben prestar el servicio que la ley les encomienda. Las posibles incomodidades y riesgos que tal funcionamiento aparejaba, pueden calificarse dentro de los normales inconvenientes y limitaciones propios de un Estado de derecho con la existencia de autoridades encargadas de guardar el orden público para beneficio de todos.-"

"2º.- No se demostró que por parte de los vecinos hubiese existido un requerimiento especial al Ejército para precaver el posible atentado. Es más, la copia de la presunta protesta elevada por el actor al señor Comandante de la Segunda División -fechada el 1 de abril de 1986- carece de todo valor probatorio para los efectos del caso, pues las quejas allí contenidas se relacionan es con el comportamiento del personal de la institución castrense; mas no con el posible peligro que implicaba frente a los ataques provenientes de elementos extraños.-"

"3º.- No puede hablarse de falla del servicio ante la ocurrencia del atentado, pues en cuanto fue posible los centinelas impidieron la consumación del mismo hasta donde las circunstancias lo permitieron. Y no es dable exigir que se previniera la colocación del vehículo que transportaba los explosivos, pues esto sería una verdadera hazaña de muy difícil cumplimiento si se repara que por las calles es lícito el tránsito vehicular. Y además, dados los adelantos técnicos con que cuentan los grupos de delincuentes organizados, bien habría podido producirse el atentado por medios distintos a la utilización del jeep, ya que al parecer desde una edificación aledaña también hubo apoyo mediante disparos tendientes a neutralizar la defensa de los centinelas Fl. 58 C. No. 3. Esto, es para concluir que no hubo negligencia ni conducta omisiva a ninguna índole por parte del ejército en cuanto concierne a repeler el ataque de que fue víctima.-"

"4º.- La prueba testimonial recibida dentro del proceso o trasladada de otros juicios que se siguen con fundamento en los mismos hechos, en

concreto sirve es para demostrar, de una parte, que los habitantes del sector sufrían toda serie de incomodidades y limitaciones por estar funcionando en el barrio el Comando de la Segunda División. Y de otra, que en varias ocasiones los vecinos solicitaron al señor Comandante respectivo el traslado de esas dependencias a otro sitio con el fin de evitar el peligro a que estaban abocados los residentes aledaños a ellas. (Fls. 134. 171.177. 180, 183 y 194).-"

"Pero a juicio de la Sala, tales comprobaciones son virtualmente ineficaces para los efectos pertinentes."

"Bien pudieron tener ocurrencia toda clase de limitaciones a la propiedad privada; como la intercepción de teléfonos de los vecinos del lugar, el deber de dar informes sobre la llegada de personas a cada casa, y los números de placas de los vehículos que allí se estacionaban, el tener que soportar la práctica de simulacros, sufriendo consecuencialmente una continua sensación de zozobra; pero estas molestias en últimas indican es el excesivo cuidado que mantenía el Ejército con el fin de preservar la seguridad del sector ante posibles ataques de los grupos armados."

"5º.- Por último, la Sala encuentra que aún siendo cierto que se presentaron accidentes por el uso inadecuado de las armas debido a la impericia de los soldados, lo cierto es que estas posibles fallas al igual que los escándalos que pudieron presentarse por el trato y el comportamiento vulgar y descortés del ambiente de los soldados, carecen de nexo causal con los daños sufridos. Ninguna de tales conductas irregulares fue causa directa ni indirecta de la explosión que destruyó los bienes.-"

"B.) LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA DEL MUNICIPIO"

"Señala el actor como parte demandada al municipio de Bucaramanga; -Departamento Administrativo de Planeación Municipal- sin expresar cuál es la razón para pretender condenas en contra de dicho ente; mas como bajo el título de: DISPOSICIONES APLICABLES Y NORMAS VIOLADAS" se citan los artículos 50 y 525 del Código de Urbanismo de Bucaramanga, la Sala interpreta, que el incumplimiento de tales disposiciones sería el fundamento jurídico de la posible responsabilidad del municipio."

"Pues bien; el Código de Urbanismo del AREA METROPOLITANA DE BUCARAMANGA está contenido en el Acuerdo metropolitano N2. 003 del 30 de julio de 1.982, aportado al proceso en un ejemplar auténtico según sello y firma que aparece en la página correspondiente al encabezamiento, en su artículo 25 el citado código contiene la definición de un área de actividad especializada como aquella que por las

características de las labores que en ella se desarrollan, o el impacto que ellas generan en los alrededores, requieren de una localización específica y de la separación o restricción con respecto a otros usos."

"Examinando el contenido del artículo descrito, no encuentra la Sala que de lugar a deducirle responsabilidad alguna al municipio de Bucaramanga con sustento en el material probatorio recogido. No existen procesalmente elementos demostrativos que ameriten un pronunciamiento acogiendo las pretensiones del actor con base en esa normatividad general y abstracta que se limita a definir conceptos propios del urbanismo."

"Por su parte el artículo 525 -norma también citada por la demanda - exige para el inicio de cualquier obra, "de edificación y/o urbanización", y el adelanto de cualquier actividad industrial, "comercial y/o institucional" la respectiva licencia emanada del Departamento de Control Urbanístico.-"

"No afirma la demanda que el Comando de la Segunda División para su funcionamiento en el barrio Bolarquí careciera de la licencia, y mal puede el Tribunal presumir que ello ocurrió, ya que tratándose de autoridades legítimamente constituidas como el Ejército, lo indicado es suponer que toda su actividad se realiza ceñida a la ley y al derecho. De otra parte, dada la manera poco técnica como está redactado el artículo 525, no encuentra la Sala que de su contenido pueda surgir violación alguna atribuible ni al Ejército ni al municipio de Bucaramanga.-"

"En resumen no existe prueba sobre la falla de servicio por parte del municipio demandado."

"III EL DAÑO ESPECIAL"

"En principio no expresó el demandante cuál teoría desde el punto de vista doctrinario sirve de sustento a sus pretensiones; se limita el libelo introductorio a señalar unas normas bajo el título de: "Disposiciones Aplicables y Normas Violadas", las cuales deben interpretarse como fundamento jurídico de las pretensiones, supliéndose así el requisito que exige el C.C.A. en su artículo 137 numeral 4º., ya que por no tratarse en este caso de la impugnación de un acto administrativo no es menester señalar las normas violadas con el respectivo concepto de violación. Por tanto la excepción de inepta demanda propuesta por la apoderada de la Nación debe desestimarse, pues no está previsto como requisito el concepto de violación, cuando se ejercita la acción que consagra el artículo 86 del C.C.A., por no ser ella la adecuada para acusar actos administrativos. Sobre el particular el H. Consejo de Estado enseña lo siguiente:

"1. Una demanda que en el acápite destinado a enunciar las pretensiones no califique el régimen jurídico bajo el cual entiende colocarse el actor, no deja de ser una demanda incoada en debida forma y, por tanto, no le es aplicable la inadmisibilidad y rechazo "in limine" que consagran los artículos 143 del C.C.A., y 85 del C. de P. C. si, de otra parte, el libelo reúne los restantes requisitos prescritos por los artículos 136 y siguientes del C.C.A. Ello significa, pues que la calificación jurídica que de la pretensión haga el actor, no es requisito esencial de ésta, y por tanto, mal podría predicarse la incongruencia de la sentencia con relación a elementos que son totalmente extraños a la definición misma de la pretensión. De manera que si se presenta una demanda que, por ejemplo, no define en el capítulo destinado a enlistar las pretensiones el régimen jurídico que el actor considera aplicable pero que en acápites distintos expone los fundamentos de derecho y demás requisitos exigidos por el artículo 137 del C.C.A. y 75 del C.P.C., no puede remitirse a duda que tal demanda es una demanda en debida forma que, luego de rituado el correspondiente proceso y sin que observe causal de nulidad alguna que invalide la actuación, obliga ya el juzgador a proferir sentencia de mérito. (Sentencia del 16-2-89. C. Ponente Dr. -ANTONIO J. DE IRISARRI RESTREPO. Jurisprudencia y Doctrina- 1.989 -Abril Pags. 249 y ss)."

"En el caso de estudio el libelo no indica cuál es el régimen doctrinario que le serviría de sustento a sus pretensiones tendientes a lograr que se declare la responsabilidad administrativa y el consiguiente pago de los perjuicios; pero como bien lo señala la sentencia parcialmente transcrita, ello no es óbice para un pronunciamiento de mérito, aún cuando por lealtad y elegancia para con las demás partes del proceso lo indicado es desde un comienzo esgrimir las razones y argumentos del caso, pues lo contrario trae consigo una mayor dificultad para quienes deben ejercer la defensa de los entes demandados, partiendo sólo de hipótesis y conjeturas a fin de cumplir el mandato que se les ha conferido."

"Sentado el anterior criterio, la Sala partiendo entonces de la realidad procesal en cuanto acredita la ocurrencia de unos hechos, y de los fundamentos jurídicos que la demanda invoca -C.N. artículos 16 y 30 - debe a la luz de tales disposiciones y en consonancia con los sistemas doctrinarios sobre la responsabilidad administrativa, examinar si se dan las condiciones necesarias para despachar favorablemente las solicitudes del demandante.-:

"Sobre el particular y sentado que no hubo falla del servicio, como en verdad se evidencian unos daños en el patrimonio del actor, es menester analizar la figura jurídica de la responsabilidad sin falta o por daño especial en la que de manera objetiva surge la obligación de indemnizar unos perjuicios por razones de equidad, que no de sancionar un comportamiento irregular de quien cumplió la función administrativa

que ocasionó el daño. Dicho de otra manera, la razón de ser del resarcimiento es la justicia distributiva pues en esta figura no ha existido por parte de la autoridad ningún comportamiento reprochable. Su actuación ceñida a la ley y al derecho ha lesionado un bien particular de manera anormal, haciéndose necesario para volver al equilibrio, a la normalidad, indemnizar a quien sufrió la lesión. El H. Consejo de Estado en fallo reciente se expresa así:

"La responsabilidad por daño especial tiene como característica el ser "objetiva" razón por la cual no juegan los conceptos de licitud o ilicitud de los hechos que dan lugar a ella; es por ello que se admite la responsabilidad en el evento de daños ocasionados como consecuencia del ejercicio legal de potestades o prerrogativas que tiene la administración. Así lo que se ha denominado responsabilidad extracontractual por daño especial, estructura con base en los arts. 30 y 33 de la C. N. según reiterada jurisprudencia consiste en el rompimiento del principio de igualdad ante las cargas públicas y se presenta cuando con el actuar legítimo del Estado se causa una lesión inequitativa a los particulares, lo cual implica que deben estos ser indemnizados. (Sentencia de 17 de octubre de 1990. Sección Tercera. C. Ponente. Dr. GUSTAVO DE GREIFF RESTREPO. Exp. N°. 6138, Dte. BLANCA SOFIA ACEVEDO QUIJANO."

"En el mismo fallo, se exigen como condiciones para deducir responsabilidad por daño especial, las siguientes: a) Una actividad legítima de parte del Estado esto es que la acción se realice de conformidad con los procedimientos legales y en ejercicio de funciones propias de la administración, b) El daño que es la perturbación de bienes o derechos legítimamente tutelados. Y, la relación de causalidad entre la acción de la administración y el daño.-"

"Para el caso de que ahora se ocupa la Sala precisa aclarar, que la actividad legítima de la administración estuvo constituía por el funcionamiento del comando de la Segunda División del Ejército en el sector del barrio Bolarquí donde estaba situada la casa del demandante. También es necesario aclarar, que en sí misma no fue la actividad del Ejército la causante de la explosión ya que dicho ilícito fue reivindicado por la guerrilla, según informes que suministraron a este Tribunal los mismo militares. Pero, sí fue la presencia de la sede militar la causa determinante del atentado, pues a ella iba dirigido. A esta conclusión se llega también, partiendo de los anteriores atentados de que habían sido víctima los miembros del Ejército, según consta en el informe que aparece en los folios 84 a 89 del Cuaderno N°. 3."

"En las condiciones descritas, siendo la existencia de la sede militar la causa por la cual se produjo el atentado, resulta inequitativo que una o

algunas personas en particular sean quienes deban cubrir la carga pública, o el precio por el funcionamiento de dicha institución, cuya existencia está consagrada en el artículo 166 de la C. N., de manera permanente para defensa de la Nación. Su actividad y su funcionamiento debe correr por cuenta de los administrados, ya que en su existencia tiene interés la Nación misma. En el mismo orden, los atentados que sufra la institución en sus bienes se redistribuye en la comunidad, pues del presupuesto nacional deben hacerse los gastos que demandan las reparaciones y la renovación de implementos bélicos y demás medios necesarios para el cumplimiento del cometido estatal que la Carta le asigna. La sala encuentra que si el intento de los subversivos hubiese logrado su finalidad, sería necesariamente el presupuesto Nacional el afectado por las pérdidas, pues el servicio que presta el Ejército no puede suspenderse. Un ejemplo práctico de que ello es así, está en el reciente gravamen denominado impuesto de guerra establecido mediante decreto extraordinario N°. 416 del 11 de febrero de 1991 para recaudar fondos tendientes a la preservación y restablecimiento del orden público, turbado a causa de actos terroristas. Tal medida afecta en primer término a los contribuyentes del impuesto a la renta y complementarios que deban pagar más de un millón de pesos por tal concepto durante la vigencia de 1990; también a quienes utilicen el servicio telefónico de larga distancia internacional; y a quienes exploten o exporten petróleo, gas libre, carbón y ferroníquel. Estas medidas adoptadas por el legislador extraordinario indudablemente procuran repartir en la comunidad los gastos que produce el terrorismo, pues resultaría por demás injusto que solamente un grupo minoritario de personas como los transportadores por ejemplo, asumieran en mayor proporción los costos que deja la turbación del orden público. Se vería quebrantado el principio de la igualdad de todos ante la ley, consagrado por la Carta en su artículo 16 en concordancia con los artículos 30 y 33 de la misma. En el caso de estudio se repite, no encuentra la Sala demostrada la falla del servicio por parte de ninguno de los entes demandados; pero atendiendo razones de equidad considera procedente acceder a las súplicas del demandante, pues sería a todas luces injusto, que su patrimonio garantizado según la Carta, sufra tan considerable merma, cuando él, no cometió ningún acto irregular ni se colocó al margen de la ley. Admitiendo que fue la guerrilla la autora del atentado, aparece incluso razonable que sea la comunidad la que asuma la indemnización por los daños que ella produce con sus actos de terrorismo, pues en alguna forma es la sociedad responsable de su existencia. No resulta aventurada tal apreciación si se repara que el mismo Estado consciente de origen y de las causas socio económicas que generan los grupos subversivos haya optado por atraerlos a la vida democrática de la legalidad, todo con el fin de lograr la convivencia pacífica, las condiciones mínimas que permitan la subsistencia de los asociados."

"El demandante, señor CARLOS ARTURO PINZON VARGAS como quedó visto sufrió un daño anormal, excesivo frente a las molestias y cargas que impone el Estado con su funcionamiento. Dicho ciudadano, cuya conducta estaba conforme con la ley, sufrió un daño especial, considerablemente mayor al del resto de los administrados, lo que hace necesaria la indemnización a fin de lograr el equilibrio de esas cargas públicas impuestas a todos los asociados por el hecho de vivir en comunidad."

"LA INDEMNIZACION"

"Conforme con lo ya expuesto, habrá de declararse responsable a la Nación por todos los daños y perjuicios que sufrió el demandante como consecuencia de la destrucción de su casa de habitación y de los enseres que allí se encontraban el día de los hechos. Pero la condena por daños materiales deberá hacerse en abstracto con fundamento en lo previsto por el C.C.A. en su artículo 172 ya que durante el proceso no logró establecerse debidamente la cuantía de los mismos. En efecto la ratificación del dictamen pericial practicado extraproceso carece de validez probatoria a la luz del C. de P. C. artículo 233. La cuantificación de los mismos se hará entonces por incidente posterior como lo preceptúa la primera norma citada.-"

"Pero antes de señalar las bases para la liquidación, la Sala encuentra necesario aclarar que la demanda en principio y para efectos de la indemnización por perjuicios materiales y morales objetivados incurre en una impropiedad al pedir que se paguen en la cuantía que logre demostrarse durante el proceso o que resulte de la liquidación posterior. Ya el Tribunal, siguiendo las enseñanzas del H. Consejo de Estado fundadas en normas de procedimiento, ha dicho que tal modalidad constituye ineptitud que conduce a un pronunciamiento inhibitorio por no precisarse las pretensiones y porque rompe con la observancia del principio de congruencia que debe aplicarse en los fallos. Sin embargo, en el caso de estudio el error es aparente en cuanto a los perjuicios materiales pues si bien en las pretensiones se usaron los consabidas fórmulas que dejan a voluntad del juzgador señalar la cuantía de lo pedido, en el numeral 8º de los "HECHOS Y OMISIONES FUNDAMENTALES DE LA ACCION" se afirma, que según peritazgo extraprocesal los daños materiales se evaluaron en veinte millones, distribuidos así: quince correspondientes a la destrucción de la casa y cinco por concepto de muebles.- Fl. 52. Además, al razonar la cuantía para efectos de la competencia, el mismo libelo señala la referida suma.-"

"Así las cosas, los señores peritos que efectúen la liquidación deberán tener como límite de los daños materiales la suma de VEINTE MILLONES DE PESOS, por concepto de daño emergente.-"

"De acuerdo al valor de la construcción de la casa, del sitio donde estaba ubicada y en fin del precio comercial de los inmuebles, descontando el lote, deberán dictaminar a cuánto ascienden los daños, sin que puedan exceder de quince millones, por ser esta la suma que señalo el libelo introductorio. En cuanto a los perjuicios por la destrucción de los muebles y enseres, también deberán tener como máximo la suma de cinco millones, por las mismas razones. El valor de los mismos serán de acuerdo al precio normal, descontada la depreciación por el uso en cuanto fuere posible. Además, será necesario partir de la prueba testimonial para efectos de la clase y el número de los mismos. El valor anterior deberá ser actualizado conforme al incremento del índice de precios al consumidor que se haya producido desde la fecha de ocurrencia del daño hasta cuando se realice la liquidación, según lo previsto por el art. 178 del C.C.A.-"

"En cuanto a perjuicios morales objetivados, por estar mal impetrada la indemnización no podría haber pronunciamiento alguno, a más de que tampoco se demostraron en el proceso."

"Como tampoco se comprobó la existencia del lucro cesante ya que el auto utilizaba el inmueble como vivienda y no aparecen otras circunstancias que ameriten pensar que a más del uso y goce la casa producía otros rendimientos, no habrá indemnización por este concepto."

"En cuanto a los perjuicios morales subjetivos, la Sala teniendo en cuenta el gran impacto emocional que debió sufrir el señor demandante al ver destruido lo que materialmente constituía su residencia, concederá como compensación el equivalente a un mil gramos de oro, pues no es aventurado presumir que debió sentirse por demás desprotegido ya que hubo de recurrir a parientes que le ofrecieron vivienda en forma temporal. Sobre el particular la prueba testimonial es apta para demostrar la aflicción que debió sentir el propietario, jefe de familia que de un momento a otro vio desaparecer injustificadamente gran parte de los esfuerzos de toda su vida pues además, con ellos daba tranquilidad y solvencia a su cónyuge y a sus hijos. En este caso, el dolor bien podría presumirse ya que la manera como ocurrieron los hechos por sí misma y en forma instantánea debió golpear el espíritu de los moradores del inmueble destruido.-" (folios 302 a 318).

-II-

SUSTENTACION DEL RECURSO POR EL APODERADO DE LA PARTE ACTORA.

A folios 331 y siguientes del Cuaderno No. 1, obra el escrito en que el mandatario judicial de la parte actora hace sus valoraciones de naturaleza

jurídica y fáctica, orientadas a defender la perspectiva desde la cual él ha estudiado el caso, para lo cual discurre dentro del siguiente universo:

"Expongo a continuación los fundamentos del recurso, respecto de cada una de las modificaciones impetradas:

"1a.) Que la condena por perjuicios materiales sea en concreto.

"El principio probatorio de la contradicción de la prueba estuvo plenamente garantizado en lo que respeta con el dictamen pericial."

"Porque dicho dictamen se adjuntó con la demanda, se enunció dentro de las pruebas que el actor pretendía hacer valer contra la parte demandada, y al mismo se hizo expresa referencia tanto en el capítulo de HECHOS Y OMISIONES FUNDAMENTALES DE LA ACCION como en el de COMPETENCIA, CUANTIA Y OPORTUNIDAD, pues el mismo sirvió hasta para razonar la cuantía del proceso."

"A la parte demandada no sólo se le notifica personalmente el auto admisorio de la demanda. También se le corre traslado de la misma, entregándosele copia de la demanda y copia de los anexos, y dándosele un término legal para que conteste la demanda. solicite pruebas, formule excepciones, etcétera."

"O sea, que la demandada tuvo a su disposición el dictamen pericial y a él podía referirse, de haberlo querido, dentro del término de fijación en lista, término en que pudo pedir pruebas orientadas a infirmarlo o solicitar, incluso, otro dictamen diferente, puesto que el aportado no se había".....practicado fuera del proceso con audiencia de las partes", como lo señalaba el art. 233 del C.P.C., para que no pudiera practicarse nuevo dictamen dentro del proceso."

"Nada de eso hizo. La demandada ni siquiera se refirió al dictamen que se le entregó desde un comienzo."

"Ni siquiera cuestionó el dictamen cuando se le dio traslado para alegar, ni echó de menos el cumplimiento de algún requisito adicional, orientado a hacer más propicio dicho cuestionamiento."

"Los peritos que rindieron el dictamen, también rindieron declaración dentro del proceso, en la cual se ratificaron en lo que habían expresado allí. Nueva oportunidad para que la demandada ejerciera libre y ampliamente su derecho de contradicción."

"Podrá decirse que la prueba pericial se está haciendo valer a espaldas de la parte demandada? Será una prueba secreta? Será que la demandada no tuvo oportunidad de contradecir el dictamen?"

"El art. 144 (antes: 156) del C.P.C., con sobrada razón, al hablar de las nulidades, dice que " La nulidad se considerará saneada" "cuando a pesar del vicio, el acto procesal cumplió su finalidad y no se violó el derecho de defensa".

"Si trasladamos esta noción al campo que nos ocupa, veremos que en ningún momento puede hablarse de que aquí en relación con el dictamen, se hubiese violado el derecho de defensa de la Nación."

"Si se pensara diferente, cuál sería, entonces, el objeto de obligar al demandante, so pena de inadmisión, a aportar con su demanda copia de las pruebas anexas, y cuál el objeto de entregarle esas copias a la parte demandada? Ahora bien: el testigo calificado no es figura ajena al derecho probatorio colombiano. Las leyes lo mencionan en normas como en el art. 227, inc. 3o., del C.P.C."

"No es el dictamen pericial propiamente dicho, tampoco, la única prueba útil para estos efectos. "Sirven como pruebas, la declaración de parte, el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial, los documentos, los indicios y cualesquiera otros medios que sean útiles ...."; dice el art. 175 del C.P.C."

"Los testigos GABRIEL HERNANDEZ SUAREZ y JUAN DE DIOS QUIJANO FLOREZ no eran testigos del montón, sino testigos calificados, por sus conocimientos sobre el tema, que el Juzgado 2o Civil del Circuito de Bucaramanga había escogido, entre la lista de auxiliares de la justicia, para que lo acompañaran en la inspección judicial y dictaminaran el monto de los daños que el despacho estaba observando. El primero de ellos, incluso, casi no llega a declarar (ver expediente) porque lo habían nombrado para entonces Director de Planeación Municipal de Bucaramanga, motivo por el cual llegó hasta declararse impedido. Es este un testigo del que pueda pensare, siquiera por asomo, que podría favorecer en algo al actor?"

"Resalto también los indicios porque el art. 249 del C.P.C. dice que "El juez podrá deducir indicios de la conducta procesal de las partes", y es bien sintomático de lo correcto que fue el dictamen, el hecho de que la parte demandada, ni siquiera tangencialmente lo cuestionó. Estos testigos calificados habían visto personalmente el inmueble destruido, acompañando a los funcionarios del Juzgado 2o Civil del Circuito. Quiénes mejor que ellos para decir cuál era la magnitud y valor del destrozo, siendo, como son, ingenieros, auxiliares de la justicia, y el Dr. HERNANDEZ, inclusive, Director de Planeación, cuando declaró en el Tribunal?.

"La casa derruida del señor PINZON hace tiempos que ya no existe, ni siquiera en sus vestigios, porque el lote fue vendido para la construcción de una torre de apartamentos."

"Por qué no hacer valer el dicho de los ingenieros HERNANDEZ Y QUIJANO, como testigos calificados?"

"El art. 277, num 2, del C.P.C. habla de los documentos privados reconocidos por quienes los suscribe."(sic).

"Los Drs. HERNANDEZ y QUIJANO reconocieron como suyo el documento contentivo del dictamen, y, por ende, el mismo es, desde dicho punto de vista, un verdadero documento privado auténtico."

"Pero es, además, un documento privado cuyo contenido proviene de personas versadas en el tema al cual se refiere el mismo."

"Desde diversos ángulos, pues, la prueba no desmerece credibilidad."

"Ahora bien: lo que insinúa el Tribunal es que los dictámenes periciales no son ratificables, sino que debe, sencillamente, practicarse nuevo dictamen pericial."

"Esa afirmación, aunque extendida, es bien discutible. Una necropsia forense, un dictamen médico-legal que fija una incapacidad definitiva, un dictamen de Medicina Laboral que establece una merma o reducción de la capacidad Laboral que establece una merma o reducción de la capacidad productiva, un dictamen pericial acerca de las causas de un accidente aéreo, marítimo, fluvial o terrestre, etcétera, no tiene por qué ser practicados de nuevo, sino, simplemente, trasladadas en copia (del proceso penal al contencioso, por ejemplo) y, a lo sumo, puestos en conocimiento de las partes para su contradicción. Pero si se da traslado para alegar, y las partes nada dicen al respecto, mal podrían discutir luego que no tuvieron oportunidad de contradecirlo. Mucho menos podrán discutirlo, cuando desde un comienzo, desde la demanda misma, tuvieron en sus manos esos experticios y no dijeron nada."

"Así, por lo demás, suele hacerse en la práctica judicial. No hay que olvidar que la mayoría de las veces, las condiciones objetivas han cambiado substancialmente desde cuando se práctico el dictamen primitivo, y mal podría pretenderse, con un rigor perfectamente absurdo, descalificar este primer dictamen, con el argumento de que había que repetir totalmente el experticio pericial, porque no es viable la ratificación de uno preexistente."

"Lo que hay que ver, en suma, es que con el dictamen preexistente no se haya quebrantado el derecho de defensa, que las partes hayan tenido oportunidad de contradecirlo, que no vaya a ser una prueba secreta."

"Finalmente, si la prueba, para el Tribunal, carecía de valor, no ha debido decretarla y practicarla, sino proceder a su rechazo '*in limine*', de conformidad con lo ordenado por el art. 178 del C.P.C."

"Legislativamente, la ratificación del a prueba pericial es diligencia perfectamente posible. El art. 185 del C.P.C. habla, sin distingos de las pruebas trasladadas, las cuales serán apreciables "sin más formalidades", siempre que en el proceso primitivo se hubieren practicado a petición de la parte contra quien se aducen o con audiencia de ella".

"*A contrario sensu*, las que no se hubiesen practicado a petición de la parte contra quien se aducen o con audiencia de ella, requieren esas 'más formalidades' de que habla la ley, es decir, requieren ser ratificadas."

"Es más: me atrevo a asegurar que el art. 185 del C.P.C. se refiere a las pruebas en general, excepto a los testimonios. No porque estos no deban ratificarse en los casos allí previstos, sino porque su ratificación está regulada en otra norma, vale decir, en el art. 229 del C.P.C., el cual - si afirmamos que sólo los testimonios pueden ratificarse- sería una disposición repetitiva del art. 185, o viceversa."

"2a.) Daño Especial? Riesgo excepcional? Ambas teorías ?

El Tribunal aplicó en el fallo la teoría del daño especial." "Pero, al mismo tiempo, señala como única causa de la explosión la acción guerrillera."

"Con todo respecto, veo ahí una inconsistencia en el fallo. Me parece que, de no haber habido sino la acción guerrillera en el desencadenamiento de la explosión, no puede aplicarse la teoría del daño especial o responsabilidad sin falta, sino, más bien, de la teoría del riesgo excepcional."

"Lo que ocurre es que, en nuestro alegato de conclusión, mencionamos ambas teorías, porque, de acuerdo con las pruebas del proceso, ambas son aplicables conjuntamente. Porque no sólo se dio la ubicación del comando militar al lado de la residencia del actor (riesgo excepcional) sino que, además, está establecido que los soldados dispararon contra el carrobomba y desencadenaron la explosión antes de su llegada al comando (daño especial o responsabilidad sin falta)."

"En lo referente a que "... por lealtad y elegancia para con las demás partes del proceso lo indicado es desde un comienzo esgrimir las razones y argumentos del caso, pues lo contrario trae consigo una mayor dificultad para quienes deben ejercer la defensa de los entes demandados, partiendo sólo de hipótesis y conjeturas..." (fl. 294), en la demanda claramente se mencionaron: la 'falla', como teoría principal, y el 'rompimiento del equilibrio en la distribución de las cargas públicas', que tiene dos facetas: el daño especial o responsabilidad sin falta, y el riesgo excepcional, las cuales se tocaron, más a espacio, en el alegato de conclusión. No se formularon "falla' y 'rompimiento del equilibrio en la distribución de las cargas públicas' como teorías coexistentes bajo un mismo respecto, porque ambas son contrarias: la primera supone, como su mismo nombre lo indica, una falla del servicio; la segunda supone ausencia de falla, un accionar legítimo de la Administración."

"Se formularon en forma subsidiaria."

"Se lee en la demanda que " ... así el Estado no hubiere cometido falla alguna en todo lo que sucedió (cosa muy discutible) y hubiese actuado con plena legitimidad (particularmente en la acción defensiva que desencadenó la explosión antes que el carro-bomba llegara al Comando), en todo caso debe responder administrativamente por presentarse un rompimiento del equilibrio en la distribución de las cargas públicas..." (demanda pág. 11). "

"3a.) Precisión de la condena por daño moral."

"Aunque el Tribunal condena a la Nación a pagar al demandante "por concepto de perjuicios morales subjetivos la suma equivalente al valor de UN MIL GRAMOS DE ORO" (fl. 302), no indica la fecha respecto de la cual debe hacerse la conversión gramos de oro-pesos."

"Siguiendo la reiterada jurisprudencia al respecto, solicito la precisión de que es al precio de venta del gramo de oro en la fecha de ejecutoria del fallo, y que esta condena, en todo caso, es en concreto."

"4a.) Cuantía del proceso y cuantía de la pretensión. La estimación razonada de la cuantía como requisito formal de las demandas."

"Se justifica la sentencia inhibitoria porque a la demanda le faltó un requisito de forma?"

"Importancia del auto admisorio de la demanda."

"Este modesto procurador viene oponiéndose, respetuosa y cordialmente, a una jurisprudencia según la cual no puede condenarse por perjuicios

materiales, no obstante estar solicitados en la demanda y hallarse plenamente probados dentro del proceso, cuando no se haya hecho en la demanda, pretensión por pretensión, una cuantificación de los mismos."

"Esta postura, que rompe la tradición jurídica del país (superan la docena los fallos del Tribunal y el Consejo de Estado dictados en pleitos donde ha actuado como apoderado demandante en los que se condenó a pesar de no haberse hecho en la demanda tal cuantificación, por demás imposible) resulta injurídica e ilógica."

"Por qué es injurídico exigirle al actor que cuantifique los perjuicios en la demanda?"

"a) Se habla de que el actor debe " individualizar" con "precisión" las pretensiones.

"Inexacto".

"Porque los vocablos "individualizar" y "precisión" los trae es el *inciso primero* del art 138 del c.c.a., que se refiere a la *nulidad de los actos administrativos*."

"Leamos"

""Cuando se demande la nulidad del acto se le debe individualizar con toda precisión"."

" b) Porque el *inciso segundo* del art. 138 del c.c.a dice, justamente, todo lo contrario de cuantificar razonadamente las pretensiones, lo cual, como es fácil entender, supone la elaboración de complejas cuentas, en las que han de utilizarse fórmulas de matemáticas financieras, y emplearse conceptos y datos de cierta complejidad (índices de precios al consumidor, valor presente, valor histórico, indemnización vencida o consolidada, indemnización futura o anticipada, interés puro o técnico, etc.). La norma habla es de "ENUNCIAR" las pretensiones, es decir, de formularlas en términos sencillos, breves, lacónicos, concisos."

"Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se le dará en estas su significado legal" (C.C., art. 28)."

"La anterior es regla de oro en la hermenéutica legal o interpretación de las leyes."

"Que es enunciar ?"

"*Enunciar*": "Expresar en forma concisa una idea....." Diccionario Kapelusz de la Lengua Española.)."

"*Enunciar*": "Expresar una idea en términos concisos" (Pequeño Larousse Ilustrado)."

"*Concisión*": Brevedad en el modo de expresar los conceptos" (Diccionario de las Américas, Plaza y Janes S:A: Editores):"

"*Concisión*:" Brevedad, Laconismo" (Pequeño Larrouse Ilustrado)."

"Conciso": "Breve, que tiene concisión" (pequeño Larrousse Ilustrado)."

"Lo contrario de conciso es: "Difuso, prolijo (Pequeño Larrousse Ilustrado):"

"*Enunciar*" es, entonces, expresar una idea en forma breve, lacónica, sin entrar en detalles, es decir, en forma no-prolija":"

"*Claramente*" significa: "Con claridad". "Claridad" es: "Calidad de claro". "Claro" es: "Fácilmente inteligible": Lo contrario de "Claramente" es Obscuramente". Lo contrario de "Claridad" es: Obscuridad, confusión": (Pequeño Larrousse Ilustrado):"

"*Separadamente*" es: "Con separación":"

"Separación": "Acción de separar o separarse (Pequeño Larrousse Ilustrado).

"Separar": "Examinar varias cosas sin mezclarlas o confundirlas" (Diccionario Kapelusz de la Lengua Española).

"Separar": "Distinguir unas de otras, cosas o especies" (Diccionario de las Américas, Plaza y Janes S.A. Editores)":

"Enunciar clara y separadamente" las declaraciones y condenas (c.c.a, art. 138, inciso 2o.) no significa, entonces, ni por asomo, proceder a su liquidación y cuantificación, en pesos y centavos, lo que supone -repito- complejas operaciones de matemáticas financieras, sino, todo lo contrario, expresarlas en forma breve, lacónica, concisa, no prolija, pero con claridad, es decir, sin obscuridad o confusión, y, además, separadamente, o sea, sin mezclarlas o confundirlas."

"Transcribo, finalmente, el mentado art. 138, inciso 2o. del c.c.a.:

"Cuando se pretendan declaraciones o condenas diferentes de la declaración de nulidad de un acto, deberán enunciarse clara y separadamente en la demanda."

"c) Se dice que el art. 137, ord. 6o, del c.c.a. exige, como requisito formal de la demanda, "La estimación razonada de la cuantía, cuando sea necesaria para determinar la competencia."

"Cierto."

"Pero la norma se refiere es a la cuantía del proceso, no a la cuantía de la pretensión, que es cosa distinta."

"Es necesario precisar con claridad que son conceptos diferentes los de cuantía del proceso y cuantía de la pretensión. El primero consiste en el criterio que asume el legislador con el objeto de establecer un determinado monto dentro de un proceso con el único fin de ubicar el juicio en uno de los tres grandes rangos que existen en materia de cuantía (en las acciones de reparación directa son sólo dos) y así precisar el juez competente (...)"

"Entiéndese por cuantía de la pretensión, la autoestimación que el demandante hace acerca del valor en que estima el derecho cuya declaración está solicitando; no ha sido esta estimación el criterio para establecer la cuantía del proceso (....). para efectos de fijar la cuantía del proceso tan solo interesa ubicar la pretensión dentro de la mínima, menor o mayor (en las acciones de reparación directa: más de $ 4.900.000., o $ 3.500.000 anteriormente, o menos de esta suma); mas realizando ese señalamiento resulta inocuo entrar a precisar cuál es la cuantía de la pretensión."

"(...)"

"El concepto de cuantía del proceso no implica que necesariamente el demandante deba dar un dato exacto acerca del valor de sus pretensiones (...): así, en un juicio de responsabilidad civil extracontractual no es necesario que el demandante diga que estima los perjuicios en una cifra exacta, entre otras cosas porque precisamente dentro del proceso se trata de señalar dicha cifra, sino que los estima inferiores a...a fin de ubicarlo entre los de mínima cuantía, o menores o superiores...., según el caso, a fin de ubicarlo como de menor o de mayor cuantía (en las acciones de reparación directa: superiores a $ 4.900.000, o antes $ 3.500.000, o inferiores a esa cantidad)".

"En suma, si la cuantía del proceso es mayor de cien mil, ya poco interés tiene el límite que alcance el monto de la pretensión, pues siempre será proceso de mayor cuantía (en las acciones de reparación directa, si la cuantía del proceso es superior a $ 4.900.000, o antes $ 3.500.000, ya no tiene interés el monto de la pretensión, pues siempre será un proceso de doble instancia, es decir, de competencia del Tribunal en

primera y del Consejo de Estado en segunda)": (LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano, tomo I, parte General, 3a edición, Ed. Temis, Bogotá, 1983, págs 79, 80, 82, 83 y 84. Las negrillas son mías. Las aclaraciones entre paréntesis, sobre las acciones de reparación directa, también son mías. Se aclara que el tope de cien mil pesos en el proceso civil ha sido reajustado)."

"La cuantía en la demanda solo tiene importancia para efectos de determinar competencia. Por otro lado, ya hemos dicho que el contenido tanto intrínseco como extrínseco del perjuicio se evalúan al momento del fallo, y no el día de la presentación de la demanda. Si el demandante no sabe cuándo será indemnizado, mal podrá exigírsele que fije con exactitud el monto de su pretensión. (...) no es preciso fijar una cuantía exacta de la pretensión (...) es suficiente establecer claramente cuál fue el bien que sufrió la acción lesiva y pedir genéricamente "la indemnización de los perjuicios causados."

"(...) Solo basta poner un límite, para determinar competencia, mas no para concretar la pretensión; al efecto, es suficiente decir que la cuantía es superior o inferior a X cantidad de pesos, para en esa forma saber si es competente el juez municipal o el del circuito (en las acciones de reparación directa, para saber si es competente el Tribunal, en única instancia, o si lo es en primera instancia y el Consejo de Estado en segunda)" (TAMAYO JARAMILLO, Javier. De la Responsabilidad Civil, tomo II (De los perjuicios y su indemnización). Ed. Temis, Bogotá, 1986, págs 257 y 258. Las negrillas son mías. La aclaración entre paréntesis, sobre las acciones de reparación directa, también es mía)."

"Tan no es esencial la cantidad provisoriamente estimada en la demanda, que bien podría demandarse la reparación de los daños sin estimar cantidad alguna" (BORDA, Guillermo. Tratado de Derecho Civil, Obligaciones, tomo I, 4a edición, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1976, pág. 185. La negrilla es mía)."

"Por lo tanto, es aconsejable que, dentro de los parámetros legales, el demandante deje abierta la posibilidad de cobrar la totalidad de los perjuicios sufridos, poco importa que ellos no hayan aparecido sino con posterioridad a la demanda."

"Al respecto, es bueno tratar de erradicar la idea según la cual en las demandas por indemnización de perjuicios, se requiere fijar desde un principio, la cifra exacta en pesos, que se pide como reparación."

"En realidad, es perfectamente válido solicitarle al juez, en las pretensiones, que el demandado sea obligado a pagar "todos los perjuicios

materiales y morales sufridos por el demandante a raíz de los hechos imputables al demandado" (TAMAYO JARAMILLO, Javier, ob. cit., págs. 225 y 226. Las negrillas son mías.):"

"d) Se dice que el art. 305 del C.P.C. consagra el principio de la congruencia del fallo con las pretensiones, y que si el actor no estuviera obligado a cuantificar en la demanda de sus pretensiones, la norma no tendría aplicación."

"Inexacto."

"En primer lugar, es una norma del Código de Procedimiento Civil, que regula todo el universo de los procesos civiles, en muchos de los cuales es perfectamente posible dar cifras exactas, como acontece con los juicios de ejecución singular, en los cuales el actor parte de una documento que contiene una obligación expresa, clara y exigible (por ejemplo: una letra de cambio por valor de $ 1.253.746.35, pagadera el 17 de febrero de 1990, expedida el 11 de octubre de 1988, con intereses de plazo del 1.5% mensual e intereses de mora del 3% mensual. Ahí todo es concreto."

"En segundo lugar, la misma norma dice: "No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto al pretendido en la demanda."

"Luego si solamente se pidió indemnización por daño moral, no puede reconocerse también daño material, o viceversa. Si, dentro del daño material, sólo se pidió lucro cesante, no puede reconocerse también daño emergente."

" Y en estos casos tenemos una clarísima aplicación del principio de congruencia, sin necesidad de referirnos a pesos y centavos."

"Y por qué es lógica la exigencia?"

"Porque el actor, al momento de su demanda, desconoce datos indispensables para el cálculo."

"Por ejemplo:"

"La indemnización vencida o consolidada se liquida entre la fecha del hecho y la fecha del fallo."

"La indemnización anticipada o futura se liquida desde la fecha del fallo hasta el fin de la supervivencia probable o terminación de la incapacidad."

"Para liquidar la renta actualizada se requiere obtener el cociente entre el índice final de precios al consumidor, que es el certificado por el DANE para la fecha del fallo, y el índice inicial, que es el certificado por el mismo organismo para la fecha del hecho."

"Una persona lesionada el miércoles, demanda el jueves. Como se liquida el lucro cesante? Sobre qué incapacidad se trabaja si es precisamente el Tribunal, dentro del proceso, el que debe ordenar que lo examine Medicina Legal y le fije su incapacidad y secuelas?"

"El precio de un inmueble calculado por el actor podría no coincidir con el precio del mismo inmueble, calculado por los peritos del Tribunal. Si según la prueba , el inmueble valía realmente $ 30.000.000, y el actor lo estimó erróneamente en $ 18.000.000, querrá decir que el Estado se aprovechará del error ajeno para "ahorrarse" $ 12.000.000, parte de la justa indemnización que realmente merecía esa persona?"

"Cómo se obtiene el valor presente del costo de unas exequias o de la reparación de un automotor, si se desconoce el índice final de precios, es decir, el vigente en la fecha del fallo?"

"Y si a la víctima de unas lesiones tuvieron que someterla, después de la demanda, a nuevas y costosísimas intervenciones quirúrgicas, a nuevos tratamientos médicos, a nuevas sesiones de fisioterapia, etc., ese daño emergente futuro se queda sin indemnización, sólo porque el actor, que no era adivino, no "previo" esos nuevos gastos?.

"Hasta el día de la demanda, el actor, quien perdió a su hijo único, había sobrellevado la pena. Pero sucedió que, después de la demanda, la pena lo llevó a perder la razón y hubo que internarlo en una clínica psiquiátrica y ponerlo en costoso tratamiento científico. Ese daño moral objetivado no se le indemnizará, porque "para qué no avisó desde el día de su demanda que se iba a enloquecer a causa de la pena y que iba a gastar todo ese dinero en la recuperación de su salud"?"

"Hasta el día de la demanda se habían detectado en un vehículo golpeado por un tanque de guerra ciertos daños. Pero resulta que, luego de la demanda, le encontraron nuevos daños, o la condición del vehículo empeoró con el paso de los días, como consecuencia del impacto recibido. Se quedará el dueño del automotor sin la justa indemnización, gracias a que su carro no evidenció de una vez todos los daños que tenia?."

"No, señores magistrados. Todos los perjuicios sufridos por la víctima deben ser indemnizados, aparezcan antes o después de la demanda."

"La única liquidación que da certeza es la que se efectué en la época del fallo."

"Por lo demás, carecería de seriedad y hasta la ética una conducta según la cual, para llenar el supuesto requisito de la cuantificación de los daños al momento de la demanda, y, al mismo tiempo, evitar verse luego afectados por la '*ultra petita*' al quedarse cortos en la cuantificación, se optara por hacer estimaciones exageradas, como decir, por ejemplo, que se estima el lucro cesante en la suma de mil millones de pesos."

"Con esta clase de conductas se le causa un terrible daño a la imagen de seriedad y respetabilidad de la justicia y de la abogacía, y el debate procesal arranca con ribetes casi circenses."

"Y si de razonar debidamente la cuantificación se trata, ya vimos que es imposible hacer cálculos sin contar con los datos necesarios."

"5a.) En caso de que se persista en la condena en abstracto, no debe ponérsele a los peritos el límite de veinte millones de pesos ($ 15.000.000 el inmueble y $ 5.000.000, los enseres), porque precisamente la indexación es parte integrante de la indemnización por daño emergente, y no un concepto aislado."

"Los nuevos peritos no van a calcular cuándo valía la casa del día del hecho sino cuánto valdría en la actualidad."

"El día del hecho valía $ 15.000.000. Pero hoy, tres años después, ese valor ha cambiado substancialmente."

"El peritazgo anterior, obrante en autos, sólo debe ser considerado si se profiere fallo en concreto, con fundamento en él, caso en el cual sí debe procederse judicialmente a su indexación, obteniendo el Vp a partir del Vh y el cociente del ind. f. entre el ind. i."

"Si ello no es así, entonces que los peritos dictaminen sin cortapisas."

"Los $ 20.000.000 no son el límite de la pretensión, como lo entiende el Tribunal, sino sencillamente lo que valía ese perjuicio concreto en la época del hecho. Frente a esa suma, nada tiene que hacer el principio de congruencia, concretamente la prohibición de fallar '*plus petita*'. Ya quedó visto ampliamente que una cosa es la cuantía del proceso y otra la cuantía de la pretensión."

"6a.) Lucro cesante por pago forzoso de arriendo."

"Insisto: el hecho de que la casa no produjera renta porque el actor la utilizaba como vivienda, no significa, como lo entiende el Tribunal, que su destrucción no haya producido lucro cesante."

"Está probado que el actor hubo de tomar un apartamento en arriendo y eso significa una merma en sus ingresos netos, es decir, un lucro cesante, que debe ser reparado."

"7a.) La indemnización por daño moral objetivado está bien impetrada."

"No existía al momento de la demanda. Eso no quiere decir que no hubiera podido existir después de la demanda, caso en el cual, de haberse establecido, habría tenido que ser indemnizado."

"Pero, obviamente, para poder ser reconocido en el fallo, tenía que solicitarle, de una vez, en la demanda." "No otra cosa fue lo que se hizo."

"8a.) Término para el cumplimiento de la sentencia."

"Por razones de técnica jurídica, es bueno que el mismo fallo indique el cumplimiento de la decisión, dentro de los términos de los arts 176 y 177 del c.c.a."

"9a.) Término para la liquidación."

"Al no señalar término el Tribunal, deja abierta indefinidamente la posibilidad de presentar la liquidación, si el fallo, en últimas, resulta ser en abstracto."

"Ello por haber desaparecido el término legal de dos meses." (Folios 334 al 351).

-III-.

SUSTENTACION DEL RECURSO POR LA MANDATARIA DEL CENTRO DE IMPUTACION JURIDICA DEMANDADO.

A folios 321 y siguientes del cuaderno No. 1, aparece el escrito en que la mandataria de la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA, expone las razones por las cuales el fallo debe ser revisado, para lo cual argumenta dentro de la siguiente óptica:

"1. Siendo una de las pretensiones del demandante, obtener el resarcimiento por los perjuicios originados en la destrucción de un bien inmueble, es necesario como requisito para que su acción prospere, la identificación plena del objeto del daño."

"El artículo 76 del Código de Procedimiento Civil y la doctrina en materia procesal civil, cuya aplicación es procedente en los juicios

contencioso administrativos de conformidad con lo establecido por el artículo 267 del C.C.A., han señalado que cuando una pretensión se relacione con un bien inmueble este deberá identificarse e individualizarse, con sus linderos, ubicación y nomenclatura y demás circunstancias que los identifiquen. No basta entonces la sola descripción de la nomenclatura urbana, porque esta sólo sirve para complementar sus linderos. Al estudiar la demanda origen del presente litigio, no se encuentra ni en las pretensiones ni en los hechos el señalamiento de los linderos que permita precisar el bien inmueble que sufrió los daños. La inobservancia de este requisito conlleva indefectiblemente a la no determinación del daño y, siendo este presupuesto esencial para declarar la responsabilidad de la administración, no es procedente que prospere la pretensión indemnizatoria."

"2. No existe plena prueba de que el atentado se hubiera dirigido contra las instalaciones de la Segunda División del Ejército, ni de que sus protagonistas sean los miembros de la guerrilla como la ha considerado la Honorable Sala del Tribunal Administrativo de Santander en la Sentencia; de cuyo criterio con todo respeto discrepo. Los informes aportados al proceso por el señor Comandante de la Segunda División del Ejército, que obran en los folios 140, 166 del cuaderno principal y en el cuaderno número tres, donde aparece como prueba, traslada el informe rendido por la misma autoridad dentro del Proceso 6140 promovido por HERNAN PRADA MORENO; no pueden ser valorados en el sentido que lo hizo el H. Tribunal, por cuanto tales informes fueron expedidos por autoridades no jurisdiccionales sin potestad para emitir juicios de responsabilidad y tales conclusiones se debieron a la presencia en el lugar de los acontecimientos de unos panfletos carentes de cualquier credibilidad y respaldo probatorio, que hacía alusión a uno de los comandos del auto denominado Ejército de Liberación Nacional E. L. N. conocido en todo el territorio nacional como uno de los grupos subversivos que con la violencia azotan a la población colombiana en general. Por otra parte no aparece en el proceso prueba de las investigaciones penales adelantadas por los órganos jurisdiccionales del Estado; únicas autoridades que en desarrollo de los preceptos constitucionales (artículo 26) y legales se encuentran investidos de competencia para investigar los delitos, encontrar y condenar a sus autores de acuerdo a las formas propias de cada juicios; que determinan los autores, móviles y aspectos subjetivos del hecho. Cuando el comunicado emitido por la Segunda División del Ejército señala que: Al parecer" el carro bomba iba dirigido contra tal dependencia, no esta haciendo confesión alguna, no siendo susceptible de valorarla como tal, habida consideración de que la autoridad que le expidió no esta facultado para confesar, y tales informes no entrañan ningún tipo de información que pueda tener el valor o eficacia de confesión, por constituir simples apreciaciones indiciarias del comportamiento delictual."

"Si nos ubicamos en el lugar de los hechos, encontramos que a más de la sede administrativa de la Segunda División, se encontraba ubicada la residencia del actor, padre de una juez de la República y quien también residía en el inmueble (como lo afirmaron varios de los testigos cuya prueba trasladada obra en el expediente) quien en ejercicio propio de sus funciones y por personificar una autoridad legítimamente constituida podía ser sujeto pasivo de atentados, teniendo en cuenta los constantes ataques de que han sido víctimas los Jueces de la República. Lo anterior da cabida a que con fundamento en la regla de la experiencia aparezca otro indicio, que inhibe la certeza para fallar, presumiendo que el atentado iba dirigido contra el Comandante de la Segunda División, agregando a esto, la hora de ocurrencia del hecho, la cual permite presumir que la juez se encontraba en su residencia."

"3. La actividad de la administración desde el punto de vista jurídico, se manifiesta a través de varios mecanismos; los actos, los hechos, las operaciones, las vías de hecho y las omisiones."

"El profesor LIBARDO RODRIGUEZ ha definido el acto administrativo como "las manifestaciones de voluntad de la administración, tendientes a modificar el ordenamiento jurídico, es decir a producir efectos jurídicos". Los hechos administrativos han sido definidos también como aquellos fenómenos, situaciones o acontecimientos producidos con independencia de la voluntad de la administración, pero que generan efectos jurídicos respecto de ello. Las operaciones administrativas " como aquellos fenómenos jurídicos que consisten en la reunión de una decisión de la administración junto con su ejecución práctica; en tal forma que constituyen en conjunto una sola actuación de la administración": La vía de hecho en definición del profesor LAUBADERE se presenta cuando en el cumplimiento de una actividad material de ejecución, la administración comete una irregularidad grosera que atenta contra el derecho de propiedad o contra una libertad pública", bien por que la administración no tenía el poder de actuar o porque teniéndolo utilizó procedimientos manifiestamente irregulares. Por último la omisión administrativa consiste en la no actuación de la administración, en una abstención que produce efectos jurídicos respecto a ella, cuando la administración debiendo actuar no lo hace."

"Así las cosas y gozando de claridez conceptual se concluye que no existe en cualquiera de sus manifestaciones actividad de la administración, en el hecho de funcionar en cualquier sector del territorio nacional, una dependencia administrativa. Es un derecho personalísimo tanto para personas naturales como jurídicas (de derecho público y de derecho privado) tener uno o varios domicilios. No siendo procedente enmarcarlo como un acto, hecho u operación, vía del hecho, ni omisión, no es aplicable la teoría del daño especial, en los hechos materia de este

proceso; por que ella exige como supuesto esencial una actuación de la administración en un marco de licitud, no dándose actuación de la administración, mal podría hablarse de daño especial, ante la falta de este elemento estructural."

"Las autoridades para dar cumplimiento a las funciones asignadas por la Constitución Nacional y la ley deben situarse dentro de las ciudades, en inmediación con los administrados, sería imposible el cumplimiento de tales funciones, sí se exigiera su localización en lugares apartados de la comunidad a la cual están sirviendo. No es válido afirmar que a los vecinos del lugar del atentado dinamitero, se les gravó con una carga especial, la cual consiste en una situación excepcional impuesta de manera exclusiva a un administrado o grupo de ellos, que les irroga un perjuicio inequitativo, frente a los demás administrados beneficiados con ésta. De la sola presencia del Comando en el lugar, no se deriva una carga especial para los vecinos del sector, como lo ha considerado la Honorable Sala. La presencia de las autoridades civiles y militares es carga general para todos los habitantes del territorio nacional; tanto así que las ciudades más grandes, como Bucaramanga se ha dividido estratégicamente en zonas para asignarle a cada una de ellas un centro de atención inmediata CAI, cuya ubicación y presencia es consecuencia de la necesaria y elemental distribución para el buen desempeño de sus labores."

"No compartimos el criterio de los dignísimos Magistrados del H. Tribunal Administrativo de Santander, en considerar que la presencia del ente administrativo en un sector de la ciudad, en el que por demás estaba autorizado para instalarse de acuerdo a las normas administrativas; implique una carga especial, por el simple hecho de tal Institución pueda ser objeto de atentados terroristas (sic). Si aceptamos tal concepto, entonces, la Nación entera se vería en la imposibilidad absurda de aislar no sólo las dependencias en que funcionan las entidades administrativas, las cámaras legislativas, los órganos jurisdiccionales, sino también los periódicos, las empresas petroleras, las industrias, los bancos, las corporaciones, los expendios de droga y todas aquellas personas que en ellas funcionan, por constituir constantes blancos de los atentados terroristas que en estos turbulentos momentos vive la Nación."

"Por otra parte, el daño que se produjo en el inmueble de habitación de propiedad del señor Pinzón Vargas, tiene como causa eficiente un acto terrorista y no la actividad de la administración, no tiene pues, principio de ejecución del daño ni un hecho, acto, operación administrativa, vía de hecho ni una omisión imputable a la demandada."

"En sentencia del 28 de octubre de 1976, el Honorable Consejo de Estado, en relación con la teoría del daño especial manifestó: "Responde el Estado a pesar de la legalidad total de su actuación, de manera

excepcional y por equidad cuando al obrar de tal modo en beneficio de la comunidad por razón de las circunstancias de hecho de que tal actividad se desarrolla causando al administrado un daño especial, anormal, considerable, superior al que normalmente deben sufrir los ciudadanos en razón de la especial naturaleza de las actuaciones y poderes del Estado, rompiéndose así la igualdad de los mismos frente a las cargas públicas o a la equidad que debe reinar ante los sacrificios que importa ante los administrados la existencia del Estado."

"Conforme al fallo en mención, se encuentra que los elementos constitutivos de la teoría del daño especial son los siguientes:

1. Una actividad lícita de la administración.

2. Un daño producido del rompimiento de la igualdad en las cargas públicas.

3. Una relación de causalidad entre la actividad de la administración y el daño."

"El fallo proferido por el Honorable Tribunal, con criterios de estricta equidad natural no se subsume en la teoría del daño especial en la cual arguye su fundamento, y compromete la responsabilidad de la administración hasta lo imposible, gravando exageradamente a la comunidad nacional obligándola a asumir los costos de las actividades ilícitas y reprochables de los grupos terroristas y demás delincuentes de cuyo surgimiento no es del todo responsable la comunidad como lo presume el Tribunal."

"Conclusiones de extremo, como la adoptada por el Tribunal, permitirían también que la Nación respondiese por todas las conductas delictivas que ocasionan daños en la vida, honra y bienes de todos los ciudadanos; no sólo por la no prevención y lucha contra la delincuencia que pregonan los idealistas y utópicos, sino también por las fallas en la administración de justicia. Nunca alcanzaría el presupuesto de la Nación asignado a los distintos órganos del poder público para resarcir los perjuicios que a diario vivimos todos los nacionales y extranjeros que habitamos el territorio nacional, por las deficiencias que se den en la prestación de los servicios públicos a cargo del Estado, y de los particulares encargados de prestarlos, por constituir obligación del Estado de acuerdo al precepto constitucional del artículo 16 de la Carta Política que hoy nos rige."

"4. La jurisprudencia y doctrina nacionales en reiteradas oportunidades han señalado que sólo hay lugar al reconocimiento de perjuicios morales subjetivos, cuando el actuar de la administración lesiona el patrimonio moral de los administrados, así como ejemplo de ilustración me permito

citar la Sentencia del 16 de noviembre de 1989 con ponencia del Honorable Consejero Dr. GUSTAVO DE GREIFF RESTREPO: "La doctrina ha evolucionado y ha llegado con acierto en sentir de la Sala a admitir que basta la afectación injusta, o mejor contraria a derecho de un bien no patrimonial para que se produzca el daño moral...."".

"De igual manera el Profesor GILBERTO MARTINEZ RAVE, ha dicho, en su obra Procedimiento Penal Colombiano, lo siguiente:

"....Mas cuando se ocasiona un daño a una cosa o a un derecho material sea dentro del campo de la responsabilidad civil contractual, sea en la extracontractual no se dan lo perjuicios morales, por cuanto los sentimientos de afección no germinan en la masa inerme de las cosas...". " No existe posibilidad de relaciones afectivas entre las cosas, entre una persona y una cosa. De tal suerte, que aunque se mencione la posibilidad de afección cuando se pierde o deteriora una cosa, aunque se tenga mucho cariño, por un animal o por un objeto, no se darán perjuicios morales subjetivados, cuando se les daña o lesiona por no existir reciprocidad afectiva."

"Así también en la parte resolutiva del fallo ha reconocido el H. Tribunal el máximo que la doctrina y la jurisprudencia administrativa conceden en los casos en que permite su presunción, presumiéndolos como en efecto lo hizo según consideraciones contenidas en el folio 301 del expediente (23 de la sentencia):".....pues no es aventurado presumir que debió sentirse por demás desprotegido ya que hubo de recurrir a parientes que le ofrecieron vivienda en forma temporal." ".... En este caso, el dolor bien podría presumirse, ya que la manera como ocurrieron los hechos por si misma y en forma instantánea debió golpear el espíritu de los moradores del inmueble destruido". En este estado de la providencia impugnado, se ha equiparado el dolor y afectación moral por la muerte de una persona (padres e hijos) con los daños sufridos por la destrucción del área construida del inmueble, corrigiendo las deficiencias en la carga probatoria que incumbe al actor en atención a la regla que prescribe "quien aduce daños debe probarlos" la carga de la afirmación implica que la parte que afirme hechos que le sirvan de presupuesto a la aplicación de un efecto jurídico debe probarlos, toda vez que su afirmación vincula al juzgador al momento de adoptar la decisión para definir si el hecho se encuentra probado o no y si goza de exención de prueba y sobre los efectos jurídicos que su omisión acarrea."

"Tampoco en la demanda se identificaron los bienes muebles y enseres domésticos de propiedad del señor Pinzón Vargas, los que conforme a las normas de procedimiento civil deben encontrarse también perfectamente determinados e identificados de acuerdo a las características especiales de cantidad, calidad, peso y medida. Ni la

propiedad, posesión o demás derechos que sobre tales bienes recaían fue tema de prueba en el respectivo proceso. Posiblemente el reconocimiento que por ellos se efectuó en el fallo obedeció a otra de las presunciones que en él abundan, de acuerdo al criterio de la respetable Sala."

"En consideración a lo expuesto, ruego a la Honorable Sala; darle trámite al recurso interpuesto, contra la sentencia del 4 de junio del año en curso, para que sea revisada en Segunda Instancia por el Honorable Consejo de Estado." (Folios 322 a 329)."

CONSIDERACIONES DE LA SALA

A) La providencia impugnada será confirmada aunque con algunos ajuste de alcance económico, por las razones que más adelante se expondrán.

Del informe rendido por el Director de Inteligencia del Ejército al Segundo Comandante y JEM EJERCITO, el día ocho de noviembre de 1.989, que obra al folio 230 del C. No. 1, se desprende que.:

"El 210730 -SEP-89, uno de los centinelas del Puesto No. 2, detectó el movimiento de un vehículo tipo JEEP marca TOYOTA de color azul claro, de placas SCH-96 venezolanas, que venía por la carrera 30 con dirección a las instalaciones de la División; el soldado le pitó y de inmediato el antisocial que lo venía conduciendo, lo abandonó y emprendió la huida en dirección contraria, el vehículo se estrelló contra un árbol, frente al domicilio ubicado en la calle 51 No. 28-85 y de inmediato explotó causando daños materiales en un radio de 200 metros aproximadamente, sobre los domicilios que adelante se relacionan."

"En forma simultánea con el desplazamiento del vehículo carrobomba, un grupo de apoyo ubicado sobre la calle 51, disparó contra los centinelas y las instalaciones, para neutralizar la reacción de la guardia y apoyar el desplazamiento del carrobomba hasta el objetivo."

"..."

"Inmediatamente sucedió el hecho, se reaccionó al sitio donde provinieron los disparos, ante el cual el pequeño grupo de antisociales emprendió la huida en un vehículo marca RENAULT-18 de color azul en dirección a la carrera 27."

"El atentado fue perpetrado por el Comando ELIAS PINTO de la UNION CAMILISTA del Ejército de Liberación Nacional."

"Como resultado de esa acción terrorista, resultaron lesionados con vidrios y esquirlas metálicas, en forma leve, el siguiente personal:

CT. BECERRA PACHECO GABRIEL, Código 7300453

SL. JAIMES CASTELLANOS SERGIO, Código 8807818

D3. BAUTISTA GEREZ JAVIER, Código 7611583

"Este personal fue trasladado al Dispensario de la QUINTA BRIGADA donde recibieron atención médica necesaria y ya están laborando."

"Las instalaciones de la División registran daños materiales, en un 80% de los vidrios y separadores de las oficinas, especialmente en el primer piso, es de anotar que el carrobomba se fragmentó completamente y partes del mismo fueron encontrados en algunos pisos de los edificios vecinos."

Valorada la anterior realidad fáctica, el ad quem encuentra que la administración tiene el deber jurídico de indemnizar los perjuicios causados por el movimiento subversivo que llevó a cabo el atentado, con apoyo en la teoría del DAÑO ESPECIAL. Con esto se quiere significar que el comportamiento de la fuerza pública fue, desde todo punto de vista, lícito, pero el DAÑO resulta anormal y excepcional, en relación con los que deben soportar los demás integrantes de la comunidad.

El demandante es pues un damnificado mas de los muchos que hay hoy en Colombia, que de la noche a la mañana ve disminuido su patrimonio como consecuencia del enfrentamiento que las fuerza del orden realizan para combatir a las del desorden, resultando equitativo que ese desequilibrio económico sea soportado por todos los colombianos y no por uno solo de ellos.

En el caso *sub-exámine* no interesa determinar quién atacó primero a quién. El atentado iba dirigido contra el Ejército como ya se destacó en otro aparte de esta providencia, y todo indica que fue reivindicado por el Ejército de Liberación Nacional. Al menos así se desprende del Comunicado No. 12 que obra al folio 140 del Cuaderno No. 1, suscrito por el Comandante de la Segunda División del Ejército Nacional, y del panfleto que obra a folios 23 y siguientes del mismo, distribuido en nombre de la Dirección Nacional, Unión Camilista Ejército de Liberación Nacional.

La teoría del DAÑO ESPECIAL se torna más de recibo, para manejar el caso en comento, habida consideración de que el Ejército Nacional hacia el año de 1.983 decidió organizar sus instalaciones en un sector residencial de la ciudad colocando así a los habitantes del mismo, en especiales circunstancias de riesgo pues nadie osaría negar que, dada la situación de orden público que

hoy registra el país, las instalaciones militares son centros apetecidos por la guerrilla para hacer sus confrontaciones de guerra.

El Estado Social de Derecho, fundado en la SOLIDARIDAD, en el cual la PAZ es un DERECHO y un DEBER DE OBLIGATORIO CUMPLIMIENTO, debe responder patrimonialmente, en los términos del artículo 90 de la Constitución, en todos aquellos casos que tengan el universo del que dio lugar al presente proceso, pues sólo así garantizará EL BIENESTAR, que es uno de sus fines. El problema de la guerra, como camino bloqueado, esto es, sin salida, general para el Estado nuevas responsabilidades, que deben ser definidas por la magistratura teniendo en cuenta, en cada caso, las especiales circunstancias, y lo que se podía demandar del servicio, como lo recuerda muy bien el Profesor Jean Rivero.

El verdadero lazo social del mundo moderno es LA SOLIDARIDAD pues bajo su égida los hombres se agrupan juntos o se oponen a otros grupos. Por ello, "Todo acontecimiento, todo accidente que sobreviene a uno de nosotros, repercutirá infaliblemente sobre un número mayor o menor de hombres" (La Comunicación de las Existencias. Ignace Lepp).

Casos con el temperamento que tiene el que ahora se examina permiten recordar que el problema de los DERECHOS FUNDAMENTALES, entre ellos, el DERECHO A LA PAZ, no es tanto el de JUSTIFICARLOS como el de DEFENDERLOS.

B) Por las razones que se dejan expuestas, la Sala patrocina la condena que el a-quo hizo por concepto de perjuicios materiales, pero la hará en concreto, pues el universo que tienen los testimonios técnicos rendidos por los Ingenieros Dres Juan de Dios Quijano Flórez y Gabriel Hernández Suárez, da pie para ello. Por lo demás, los citados profesionales intervinieron en la peritación que se hizo fuera del proceso, como complementación de Inspección Judicial, practicada sin intervención de la parte contraria, el día 30 de septiembre de mil novecientos ochenta y ocho, esto es, ocho días después de ocurrida la tragedia- En lo sustancial de sus deposiciones, ellos dijeron:

DR. JUAN DE DIOS QUIJANO FLOREZ:

"El examen de los bienes, tanto muebles como inmuebles que figuran en este peritazgo, fueron practicados personalmente por las personas que figuran en él, así como en la diligencia que se llevó a efecto por parte de la doctora DALILA NIÑO, Juez Segundo Civil del Circuito. Allí estuvimos todos y observamos lo que consta en esos documentos.... De acuerdo con lo que observamos en el lugar, la vivienda quedó totalmente inservible e irrecuperable su construcción, debido a que recibió el impacto al parecer del estallido de una bomba y por tanto toda la edificación quedó averiada en tal forma que nuestra recomendación fue la de su total demolición...La causa

para recomendar la demolición del edificio fue las fallas que se encontraron en la estructura, haciendo que ésta se convirtiera en un peligro permanente para sus moradores. (C 1, fol 134).

DR. GABRIEL HERNANDEZ SUAREZ

"....allá estuvimos con otro ingeniero y allí observamos que los daños causados en la estructura del inmueble eran tan graves que consideramos que era necesaria su demolición, porque no había manera técnica de restituir el inmueble a su estado anterior; lo mismo que los muebles y accesorios, decoraciones, quedaron en muy mal estado y muchos de ellos inservibles como figura en el peritazgo que presentamos.... A continuación le fue presentado el dictamen que obra a folios 7, 8 y 9 del expediente y la Señora Magistrada interrogó así: Reconoce usted el dictamen que le pone de presente y se ratifica en él ? CONTESTO: Ese es el dictamen que nosotros rendimos, ahí está mi firma, el contenido es correcto y me ratifico en todas sus partes..." (C 1, fol. 239).

Dentro del anterior temperamento, el *ad quem* valora lo expuesto por los Dres Juan de Dios Quijano Flórez y Gabriel Hernández, como un testimonio técnico, pues ellos, como profesionales de la Ingeniería, están especialmente capacitados para sacar conclusiones sobre los hechos percibidos. Para la Sala los declarantes citados no excedieron los límites de la prueba testimonial ni invadieron el terreno de la peritación técnica, al fijar el monto de los daños, pues al proceder así no hicieron cosa distinta a sacar una conclusión de la realidad fáctica que vivenciaron. Tampoco han hecho juicios de valor, que implican apreciaciones subjetiva, que van más allá del juicio técnico. Por ello la Sala aprecia su testimonio y le da entero crédito. En esta materia se patrocina la perspectiva doctrinaria que el Dr. Hernando Devis Echandía defiende en su Teoría General de la Prueba Judicial. Victor P de Zavalia Editor, Quinta Edición, pág. 73, cuando enseña:

"...Un arquitecto puede dar buen testimonio acerca de si una edificación presentada, en una fecha determinada, detalles que implican una amenaza de inestabilidad o derrumbamiento, por haberlos observado correctamente gracias a sus especiales conocimientos técnicos sobre la materia, pero si expone además su concepto sobre las causas QUE NO PUSO OBSERVAR, de esos defectos de construcción, estaría dando una apreciación subjetiva, que escapa al objeto del testimonio y que corresponde a la prueba de peritos; un médico puede ser un testigo fehaciente de que una persona, en cierto día, presentaba síntomas observados por él, de determinada enfermedad, pero sobre las causas que la produjeron y que no percibió sólo puede opinar como perito":

El sentenciador tiene, pues, por bien probado, que los daños causados al inmueble montan QUINCE MILLONES DE PESOS ($15.000.000.), y los que tienen que ver con los muebles y enseres, CINCO MILLONES DE

PESOS ($ 5.000.000.oo). Estas sumas deberán ser actualizadas, como se pidió en la demanda. Para ello se toman los índices de precios al consumidor certificados por el Dane, que son hechos notorios, y se aplicará la siguiente fórmula:

Indice inicial, septiembre 21 de 1.988 94.93

Indice Final, junio 30 de 1992 249.35

$$R = Ra \frac{\text{Índice Inicial}}{\text{Índice Final}}$$

$$R = 20.000.000 \times \frac{249.35}{94.93}$$

$$R = 20.000.000 \times 2.626672285$$

$$R = 52.533.445.70$$

De acuerdo con lo anterior, los perjuicios materiales valen $ 52.533.445.70

C) La Sala revocará la condena que el tribunal hizo por concepto de perjuicios morales subjetivos, pues encuentra que en el caso sub exámine ella no se justifica. La pérdida de las cosas materiales, por sí misma, no amerita su reconocimiento. Es posible que en circunstancias especiales, y por razones de particular afecto, se vivencie el dolor moral por la pérdida de los bienes materiales. Pero la materia necesita ser tratada con un especial enfoque cultural y filosófico para no rendirle culto a las personas que, no poseen las cosas, sino que se dejan poseer por ellas.

La circunstancia de que el presente conflicto de intereses se haya desatado con la filosofía del DAÑO ESPECIAL, permite concluir que el particular damnificado también está obligado, por razones de equidad, a soportar la angustia, el malestar y el dolor que la falta de seguridad genera en toda la comunidad.

D) A manera de pedagogía jurídica y judicial, y para despachar algunas de las inquietudes del apoderado de la parte actora, se impone precisar, como tantas veces lo ha hecho la Sala, que cuando se demanda el pago de perjuicios es necesario dejar a un lado la INFORMALIDAD con que suelen hacer las demandas, y precisar, de la mejor manera posible, qué daños deben ser indemnizados y en cuánto se estima su monto. La demanda es, por definición un proyecto de sentencia, y, por los mismo, el juez no puede hacer condenas tratando de interpretar la voluntad del actor, ni manejando conjeturas o

suposiciones. Así, si el demandante no solicita el pago de perjuicios morales, o se limita a impetrar el pago del daño emergente, pero nada dice sobre el lucro cesante, esos espacios de duda no pueden ser manejados, a su voluntad, por el fallador. En esta materia la Sala hace suya las pautas jurisprudenciales fijadas por la Corte Suprema de Justicia en sentencias de 10 de noviembre de 1944 y 12 febrero de 1944 en las cuales y en su orden, se lee:

"!Innumeras veces ha dicho la Corte, repitiendo un principio fundamental de derecho que el perjuicio que condiciona la responsabilidad no es materia de presunción legal y que como derecho patrimonial que es, debe ser demandado y probado en su existencia y en su extensión por quien alega haberlo sufrido, que es quien mejor deber saber en qué consiste y en cuánto lo ha afectado. Quien afirma que su demandado le ha inferido un daño por su dolo o su culpa, está obligado, si quiere que se le repare por decisión judicial, a producir la prueba de la realidad del perjuicio demostrando los hechos que lo constituyan y su cuantía, o señalando a este respecto, cuando menos, bases para su valoración! " (Gaceta Judicial, Tomo 58, 2.016 - 2.018, pág. 113).

" ! Pero esa mera posibilidad conjetural, aún teniéndola por probabilidad, no basta para afirmar en cada caso que se ha causado el perjuicio. *Este debe demostrarse como un hecho afectivo, ya que una mera conjetura no basta a fundamentar legalmente una sentencia.* Esa conjetura que, como ya se dijo, viene desde luego a la mente que es lo que como testigos expresan algunas de las personas prenombradas, no da asidero al decreto de lo demandado, pues no siendo de por sí prueba suficiente de haber sufrido perjuicios el demandante, mal podría sobre esa base condenarse a indemnizarlos ! (Gaceta Judicial Tomo 57 Nos. 2.006 - 2.015 pág. 50).

La filosofía jurídica que se deja expuesta explica bien la causa, motivo o razón por la cual el ad-quem patrocina la negativa del aquo a reconocer el pago del lucro cesante y de los perjuicios morales objetivados, pues no se probaron dentro del proceso.

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

FALLA:

1º- CONFIRMASE los numerales primero (1º), y cuarto (4º) de la sentencia calendada el día cuatro (4) de Junio de mil novecientos noventa y uno (1991), proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, por las razones dadas en los considerandos de este proveído.

2º) REVOCASE los numerales segundo (2o.) y tercero (3o.) de la misma providencia. los cuales quedarán así:

SEGUNDO: Como consecuencia de la declaratoria anterior, CONDENASE A LA NACION-MINISTERIO DE DEFENSA, a pagar al demandante, por concepto de perjuicios materiales, la suma de CINCUENTA Y DOS MILLONES QUINIENTOS TREINTA Y TRES MIL CUATROCIENTOS CUARENTA Y CINCO PESOS CON 70/100 CENTAVOS M/CTE ($ 52.533.445.70).

TERCERO: Al presente fallo se le deberá dar cumplimiento en los términos de los artículos 176 y 177 del C. Contencioso Administrativo. Expídanse las copias con destino a los interesados dejando constancia de cual de ellas presta mérito ejecutivo.

3º) Ejecutoriado el presente fallo, devuélvase el expediente al tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE COMUNIQUSE Y CUMPLASE.

Daniel Suárez Hernández, Presidente de la Sala; *Carlos Betancur Jaramillo, Juan de Dios Montes Hernández, Julio César Uribe Acosta.*

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

FALLA DEL SERVICIO MEDICO/CARGA DE LA PRUEBA/FALLA DEL SERVICIO PRESUNTA.

Una operación proyectada hacia determinado objetivo, se pasó inconsultada e intempestivamente a un campo no previsto expresamente en la estrategia quirúrgica y de la cual el mayor interesado y afectado nada sabía. Por norma general le corresponde al actor la demostración de los hechos y cargos relacionados en la demanda. Sin embargo, con mucha frecuencia se presentan situaciones que le hacen excesivamente difícil, cuando no imposible, las comprobaciones respectivas, tal el caso de las intervenciones médicas, especialmente quirúrgicas. Los médicos podrán exonerarse de responsabilidad y con ello los centros clínicos oficiales que sirven al paciente, mediante la comprobación, que para ellos es más fácil y práctica, de haber actuado con la eficiencia, prudencia e idoneidad requeridas por las circunstancias propias al caso concreto permitiéndole al juzgador un mejor conocimiento de las causas, procedimientos, técnicas y motivos que llevaron al profesional a asumir determinada conducta o tratamiento.

CULPA DE LA VICTIMA

A pesar de la delicada lesión diagnosticada radiológicamente, el paciente se abstuvo de concurrir a exámenes y consultas de control, cuando dada la gravedad de su lesión se hizo necesario intervenirlo quirúrgicamente. Sin duda el comportamiento omisivo repercutió en la agravación de su enfermedad, permitió el proceso infeccioso y, consecuencialmente facilitó las dificultades para adelantar el tratamiento de cirugía a que se sometió y que culminó con la parálisis facial del lado derecho. Estima la Sala que hubo culpa parcial de la

víctima en el resultado dañoso que lo afectó, culpa que calculada en un 20 %, implica a su vez atenuar la responsabilidad del ente demandado y la correspondiente condena en el mismo porcentaje.

ACCION DE REPARACION DIRECTA/CADUCIDAD

No comparte la Sala la forma de calcular el término de caducidad por parte del Ministerio Público, toda vez que si bien es cierto el hecho dañoso se produjo durante la intervención quirúrgica, la situación fue prolongada en el tiempo por el propio ISS al pretender días más tarde, hacerle un injerto con resultados negativos, de donde se infiere que realmente sólo hasta esta segunda intervención se consolidó y aseguró la consecuencia dañosa, que originó la demanda, fecha ésta última frente a la cual no había transcurrido el plazo de caducidad, cuando se introdujo la demanda.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera

Santafé de Bogotá, D.C., Julio treinta (30) de mil novecientos noventa y dos (1992)

Consejero Ponente: *Doctor Daniel Suárez Hernández*

*R*eferencia: Expediente N°. 6897 Actor : Gustavo Eduardo Ramírez y otro .-

Procede la Sala a decidir sobre el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia dictada el 12 de julio de 1991 por el Tribunal Administrativo de Risaralda, en la cual se negaron las súplicas de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1o. *La demanda.-*

Con fecha 9 de julio de 1990, los señores Gustavo Eduardo Ramírez Morales y Adiela Ocampo Rivera, en ejercicio de la acción de reparación directa, ante el Tribunal Administrativo de Risaralda formularon demanda contra el Instituto de los Seguros Sociales, para que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas :

"1o. Condénase al INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES a pagar a GUSTAVO EDUARDO RAMIREZ MORALES los daños y perjuicios materiales que se presenten por la pérdida de su capacidad laboral, habida consideración que este tipo de enfermedades producen deterioros de salud importantes, que impiden el desempeño normal de actividades laborales.

"Estos daños y perjuicios se pagarán al afectado o a quien sus derechos representaren al momento del fallo.

"Subsidiariamente:

"A falta de bases suficientes para la liquidación., El Honorable Tribunal se servirá fijarlos, por razones de equidad, en el equivalente en pesos a la fecha de la ejecutoria de la sentencia de cuatro mil gramos oro fino, de conformidad con lo reglado en los Arts. 4o. y 8o. de la Ley 153 de 1887, los mismo que el Art. 107 del Código Penal.

" 2o. Condénese al INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES a pagar a GUSTAVO EDUARDO RAMIREZ MORALES y a ADIELA OCAMPO RIVERA o a quienes sus derechos representaren al momento del fallo, los daños y perjuicios morales ocasionados por la parálisis facial, permanente e irreversible que sufre el primero de los nombrados, como consecuencia de la intervención quirúrgica que le fuera practicada el 7 de Julio de 1988 en la Clínica del INSTITUTO en Pereira (R).

"Se reclaman para cada uno de los demandantes el equivalente en pesos a un mil gramos oro fino, al precio que se encuentre el metal en la fecha en que se ejecutoríe la sentencia y de conformidad con la certificación que en tal sentido expida el Banco de la República (Art. 106 del Código Penal).

" 3o. Condénase al INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES, a pagar a la TOTALIDAD de los actores, o a quien o quienes sus derechos representaren al momento del fallo, los INTERESES que se causen desde la fecha de la ejecutoria de la sentencia.

" Con fundamento en lo dispuesto en el Art. 1653 del C.C., todo pago se imputará primero a intereses.

" Se pagarán intereses comerciales desde la fecha de la ejecutoria y transcurridos seis (6) meses los de mora.

" 4o. El INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES dará cumplimiento a la sentencia dentro de los treinta (30) días siguientes a la fecha de la ejecutoria de la sentencia, conforme a los reglado en los Arts. 176, 177 y 178 del C.C.A.". (fols. 54 a 57).

2o. *Fundamentos de hecho*

Se relaciona en la demanda a folios 57 a 60, y se reducen, en síntesis, a lo siguiente :

El señor Gustavo Eduardo Ramírez Morales como afiliado del Instituto de los Seguros Sociales consultó con un especialista de dicho organismo, doctor Manuel López Eslava, quien dispuso su hospitalización para someterlo a tratamiento quirúrgico por una otitis derecha que lo afectaba. El 7 de julio de 1988 se le practicó una mastoidectomía simple y timpanoplastía , ambas del lado derecho. A consecuencia del procedimiento quirúrgico el paciente presentó una parálisis facial derecha porque se había seccionado el nervio facial. Así consta en la historia clínica.

Posteriormente, el 24 de julio de 1988, se lo hospitaliza para hacerle un injerto neural tendiente a corregir la deficiencia surgida de la operación inicial, desafortunadamente sin resultados favorables para el paciente.

De lo anterior deduce la parte actora su derecho a reclamar indemnización por una mala prestación del servicio que genera la responsabilidad extracontractual del ente demandado.

3o. *Actuación procesal.-*

Notificado el Gerente Seccional del Instituto de Seguros Sociales del auto que admitió el libelo demandatorio, designó representante judicial quien en memorial de folios 85 a 92 dio contestación a la demanda, y precisó: que la lesión no era otitis, sino otomastoiditis, detectada desde el 16 de octubre de 1986 y que la cirugía se efectuó el 8 de julio de 1990.

Sostiene que "de no haberse realizado esta intervención quirúrgica los daños que le esperaban al señor Ramírez Morales eran progresivos con graves alteraciones y complicaciones para su estado normal de salud...".

Advierte la entidad demandada que ante la presencia de una otomastiditis crónica bilateral esta " ... debió tratarse continuamente pero que, de acuerdo a la historia clínica, no fue tratado, ya que el paciente durante el período comprendido entre el 9 de octubre de 1986 y el 23 de febrero de 1988 no volvió a consultar ". En tales condiciones el único tratamiento era el quirúrgico y se efectuó sin que pueda hablarse de impericia o imprudencia, porque "fue una operación normal, realizada por un profesional idóneo, capacitado y ético, que solo buscaba aliviar y procurar el bienestar que requería su paciente".

Sostiene la apoderada del ente oficial, que la sección parcial " era un daño en el nervio, que no se manifestaba aún externamente, pero que con el aumento de la infección necesariamente iba a terminar en una sección total, con graves implicaciones ...". Rechaza, de otra parte, la posibilidad de una mala atención o mala prestación del servicio "cuando en menos de 15 días se le realizan dos cirugías tratando de lograr la recuperación total o parcial de un paciente". Afirma también que la parálisis facial no ha disminuido la capacidad laboral del actor porque la lesión no tiene relación directa con sus

labores. Por último manifiesta que el señor Ramírez, sin ninguna razón no regresó a fisioterapia.

Agotado el período probatorio, se dispuso el traslado respectivo para que las partes presentaran sus alegaciones, como en efecto lo hicieron. El Instituto demandado en escrito de folios 149 a 152 para reiterar su oposición a las pretensiones de la parte actora, concreta así sus planteamientos :

" De todo lo que se pudo establecer en el proceso, resultan los siguientes aspectos :

" La cirugía realizada al señor GUSTAVO EDUARDO RAMIREZ era necesaria y el único recurso médico en la patología que éste presentaba.

" -El acto quirúrgico se realizó de acuerdo con los procedimientos científicos que existen para estos casos y con las prescripciones y atenciones médicas especializadas que requirió este asunto.

" -Se logró la recuperación del señor RAMIREZ evitándole mayores complicaciones y agravamiento en su estado general de salud. La medicina es de medio no de resultado. Cuando se realiza una cirugía se pretende: salvar al paciente y esto es lo ideal, pero no siempre se logra.

" -De acuerdo con las normas que regulan los diferentes riesgos en el Seguro Social, el señor GUSTAVO EDUARDO RAMIREZ no tiene derecho al reconocimiento de pensión o indemnización, ya que por el riesgo de enfermedad común la calificación de inválido significa no poderse procurar los medios de subsistencia en un porcentaje inferior al 50% de lo que corresponde a un trabajador de iguales condiciones en la región". (Fols. 151 y 152).

La parte actora, en escrito de folios 153 a 169 reitera las peticiones de su demanda en el sentido de declarar la responsabilidad administrativa del Instituto de Seguros Sociales por una falla en el servicio cuya configuración deduce de los siguientes puntos :

" 1o. GUSTAVO EDUARDO RAMIREZ MORALES no había llegado a sufrir parálisis facial antes de ser intervenido de otitis derecha.

" 2o. No existía la sección parcial acusada por cuanto la Historia Clínica por su tratamiento no reportaba cuadro sintomático correspondiente a tal anormalidad funcional.

" 3o. La Parálisis Facial es post-quirúrgica, esto es, como consecuencia de la intervención practicada al paciente.

" 4o. No se practicaron todos los exámenes pertinentes por el demandado en procura de obtener mejores resultados, y en prevención de riesgos, que en últimas , ocasiona la parálisis facial reseñada.

" 5o. Tampoco aparecen constancias en la Historia Clínica correspondiente al señor RAMIREZ MORALES, respecto a la información por parte del galeno, sobre los riesgos que conllevaba la intervención quirúrgica a que iba a ser sometido, en cuanto a su futuro estado salubre y compromiso de otros centros físicos vitales.

" 6o. En síntesis, GUSTAVO EDUARDO RAMIREZ MORALES ingresó a la sala de cirugía bien su aspecto físico aparente y salió de la misma con una parálisis facial que deforma su rostro, que no presentaba momentos previos a la intervención, ni en su existencia". (Fols. 164 y 165).

Al rendir su concepto de rigor, consideró la Fiscalía del Tribunal que sí se presentó una falla del servicio "ya que no se le notificó al señor Ramírez, de las consecuencias de la operación y el Dr. López Eslava, continuó con una actividad de riesgo, no obstante haber advertido que el nervio se encontraba expuesto y envuelto en el mismo proceso inflamatorio, sin medir las consecuencias que esto podía implicar, debiendo haberlo hecho de acuerdo a su profesión y actividad que desarrollaba ".

4o. *La sentencia recurrida*

El Tribunal, luego de referirse al material probatorio aportado al proceso, especialmente los antecedentes clínicos que condujeron a la intervención y los testimonios de los médicos Manuel Antonio López Eslava y Rodrigo Posada Trujillo, cirujanos que respectivamente intervinieron a Ramírez Morales, concluyó que no existió en caso bajo estudio falla en el servicio. En los siguientes términos se comprendía el criterio del a-quo:

" Así las cosas, se demostró que no existió imprudencia o imprevisión por parte de los médicos puesto que se le brindaron todos los medios adecuados para el caso; que la cirugía era absolutamente necesaria; los procedimientos fueron correctos; se hizo uso de los medios que la Medicina podía ofrecer y se obtuvo que la enfermedad no siguiera causando peores complicaciones al demandante. Desafortunadamente apareció la parálisis facial, pero por circunstancias totalmente ajenas al querer de los galenos y solamente por los motivos anotados en párrafos anteriores.

" Sabido es que toda operación o tratamiento médico tiene un margen de riesgo, que potencialmente puede causar un perjuicio temporal o definitivo en el paciente, pero en el caso sometido a nuestro estudio

quedó demostrado que hubo diligencia, cuidado, exámenes, tratamientos adecuados, médicos especialistas. Recordemos que la primera operación duró 7 horas, y posteriormente fue intervenido con el único fin de encontrar la total recuperación del paciente, lo cual nos lleva a la conclusión de que no existió falla del servicio por parte de los Seguros Sociales, Seccional de Risaralda, en el caso del señor Gustavo Eduardo Ramírez Morales". (Fols. 196 y 197).

Consecuencialmente el a-quo negó las súplicas de la demanda.

5o. *La segunda instancia.-*

Inconforme con el fallo del Tribunal, el apoderado de la actora interpuso recurso de apelación contra el mismo, para sostener la inexistencia de la fuerza mayor y de la culpa de la víctima planteadas en la sentencia. Descarta la primera por cuanto es de su propia naturaleza su imprevisibilidad y en el caso estudiado la lesión no tenía tal característica dados los antecedentes clínicos que el médico tratante conocía y que le permitía prever los efectos del procedimiento quirúrgico ejecutado. En cuanto a la culpa de la víctima en la causación de la parálisis facial sostiene el recurrente que no la hubo, por cuanto ésta se presentó luego de la operación, sin que sobre la misma se encuentre información que permita sostener su presencia previa al procedimiento quirúrgico.

Para la Fiscalía Décima de la Corporación la acción había caducado porque el hecho dañoso se presentó el 8 de julio de 1988 y la demanda se presentó el 9 de julio de 1990 cuando el plazo para el ejercicio de la acción de reparación directa había caducado.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Para efectos de la decisión que se va a tomar en esta providencia, la Sala encuentra probados los siguientes puntos :

- El señor Gustavo Ramírez Morales se encontraba afectado por una ostoimastoiditis crónica bilateral con marcada esclerosis, la cual le fue establecida radiológicamente en octubre de 1986. No obstante habérsele ordenado diversos exámenes, el paciente no concurrió, ni lo hizo a los tratamientos correspondientes. Como consecuencia, desde octubre de 1986 hasta febrero de 1988 cuando volvió a consulta por la misma lesión, el proceso infeccioso progresó y las facultades auditivas también habían disminuido.

- El 8 de julio de 1988 fue intervenido en la clínica del Instituto de Seguros Sociales de Pereira, por el médico otorrinolaringólogo Manuel López Eslava quien le practicó una mastoidectomía simple derecha y timpanoplastía del mismo lado.

- Según la historia clínica, en la intervención se advirtieron los siguientes hallazgos :

"Mastoides ebornea, esclerosa, nervio facial expuesto y con sección parcial, se trató de suturar lo cual fue imposible a pesar de múltiples intentos. Se coloca injerto de facia sobre huesecillos. Abundante secreción en tubo endotraqueal".

- Igualmente se anotó en la historia clínica del actor una "parálisis facial derecha completa". Al practicársele una electroneurografía 7o. día comparativa presentó degeneración valeriana 100% y lesión severa total del nervio facial derecho.

- El 24 de julio de 1988 se intenta mediante cirugía un injerto del nervio facial derecho, cuyos resultados no fueron favorables para la recuperación del paciente.

- Examinado en la Sección de Medicina, Higiene y Seguridad Industrial del Ministerio de Trabajo, Seccional de Risaralda, presentó "pérdida de la agudeza auditiva bilateral" y "parálisis total a nivel periférico del nervio facial derecho "además el porcentaje de pérdida de la capacidad laboral se determinó en un quince por ciento (15%).

Con los antecedentes fácticos relacionados corresponde a la Sala establecer si en el caso bajo estudio se dio la falla del servicio planteada por el actor como fundamento de sus pretensiones o, si por contrario, fue acertada la decisión recurrida en cuanto absolvió al ente demandado porque consideró que no se había acreditado la aludida falla de la administración.

Para la Sala, el comportamiento médico quirúrgico asumido por el Instituto de Seguros Sociales frente al demandante Ramírez Morales debe analizarse y valorarse haciendo una clara separación entre los objetivos previstos y estudiados de la cirugía encaminada a conseguir la reparación de las lesiones auditivas y el procedimiento que se siguió sobre el nervio facial para que éste resultare lesionado. En torno del primer aspecto mal se podría censurar la conducta del ente oficial cuando a través de la historia clínica fácilmente se demuestra que el paciente Ramírez Morales, desde años atrás a la intervención quirúrgica, había recibido una satisfactoria atención médico-hospitalaria en la cual se destaca más bien la irresponsabilidad y descuido del paciente en el cumplimiento de las órdenes y tratamientos establecidos por los profesionales que lo examinaron.

Diferente es la situación en cuanto se relaciona con la parálisis facial que sobrevino al demandante como secuela del procedimiento quirúrgico. En efecto, de acuerdo con el historial clínico-probatorio el señor Gustavo Eduardo Ramírez Morales antes de ser intervenido quirúrgicamente no presentaba

lesión del nervio facial. Así se concluye del examen detenido de las pruebas documentales originadas y respaldadas por el propio ente demandado así como de las declaraciones de los profesionales que intervinieron al demandante. Se puede aseverar entonces con certeza que la parálisis facial se generó en la sección total del nervio facial durante la operación.

Igualmente no hay comprobación en el proceso que permita admitir que por parte del médico tratante cirujano se le hicieron las observaciones, advertencias y precisiones necesarias al paciente respecto de las consecuencias que el acto quirúrgico podía originarle, entre ellas, una posible, dada la localización del campo operativo, la de lesionar el nervio facial y los efectos físicos y sicológicos que le sobrevendrían, así como las posibilidades ciertas de recuperación, período de la misma, etc., que le permitieran al enfermo disponer con entera libertad e independencia sobre su salud personal y futura.

Infortunadamente nada hizo el médico de Seguros Sociales con miras, de una parte, a una ejecución especializada y cuidadosa del procedimiento en torno al nervio facial, ni en advertir y consultar al paciente sobre las secuelas traumáticas frecuentes en estas operaciones.

Estima la Sala que para cirugía de esta naturaleza, en las que puede resultar comprometido el nervio facial, se requiere una especial conducta quirúrgica, complementada igualmente con un instrumental y equipo especial de cirugía que le facilite la labor al cirujano y, por consiguiente, le garantice en alto porcentaje un resultado favorable para el paciente.

Al respecto, se infiere del acervo probatorio la aludida falla, pues lo cierto es que de una operación proyectada hacia determinado objetivo, se pasó inconsulta e intempestivamente a un campo no previsto expresamente en la estrategia quirúrgica y del cual el mayor interesado y afectado nada sabía, pues así mismo, enseña el proceso que dentro de los exámenes pre-operatorios no se atendió al estado del nervio facial pues sobre el particular se omitieron los estudios necesarios, lo cual generó, como era apenas natural, que la lesión de dicho nervio tomara al cirujano desprevenido y lo llevara a cumplir su labor en torno del facial sin los aditamentos, sin la preparación y sin los estudios previos para enfrentar las complicaciones quirúrgicas que surgieran, como en efecto surgieron al seccionarse totalmente el facial derecho con los resultados conocidos, frutos de una conducta imprudente y contraria al buen sentido que debe regir el ejercicio de la medicina, esto sin contar con la situación sicofísica del paciente cuya confianza no sólo en el cirujano, sino en los servicios médicos oficiales se vio burlada e irrespetada al someterlo a un riesgo quirúrgico para el cual no había sido examinado, ni preparado, mucho menos advertido.

Ahora bien, por norma general le corresponde al actor la demostración de los hechos y cargos relacionados en la demanda. Sin embargo, con mucha

frecuencia se presentan situaciones que le hacen excesivamente difícil, cuando no imposible, las comprobaciones respectivas, tal el caso de las intervenciones médicas, especialmente quirúrgicas, que por su propia naturaleza, por su exclusividad, por la privacidad de las mismas, por encontrarse en juego intereses personales o institucionales etc., en un momento dado se constituyen en barreras infranqueables, para el paciente, para el ciudadano común obligado procesalmente a probar aspectos científicos o técnicas profesionales sobre los cuales se edifican los cargos que por imprudencia, negligencia o impericia formula en el ejercicio de una determinada acción judicial, contra una institución encargada de brindar servicios médicos u hospitalarios.

Sin duda, resultaría más beneficioso para la administración de justicia en general, resolver esta clase de conflictos, si en lugar de someter al paciente, normalmente el actor o sus familiares, a la demostración de las fallas en los servicios y técnicas científicas prestadas por especialistas, fueron éstos, los que por encontrarse en las mejores condiciones de conocimiento técnico y real por cuanto ejecutaron la respectiva conducta profesional, quienes satisficieran directamente las inquietudes y cuestionamientos que contra sus procedimientos se formulan.

Podrán así los médicos exonerarse de responsabilidad y con ello los centros clínicos oficiales que sirven al paciente, mediante la comprobación, que para ellos, se repite, es más fácil y práctica, de haber actuado con la eficiencia, prudencia o idoneidad requeridas por las circunstancias propias al caso concreto, permitiéndose al juzgador un mejor conocimiento de las causas, procedimientos, técnicas y motivos que llevaron al profesional a asumir determinada conducta o tratamiento.

Esta, por lo demás, es la orientación moderna de algunas legislaciones, que pretenden en los casos de los profesionales liberales atribuir a éstos la carga de la prueba de haber cumplido una conducta carente de culpa.

Precisamente, en relación con el tema comentado y su consagración en el "Proyecto de unificación de la legislación civil y comercial" de Argentina, el profesor Augusto M. Morello en su obra "La Prueba. Tendencias modernas", Editorial Platense - Abeledo-Perrot, 1991, páginas 84 y 85 escribe:

> "1) En consonancia con las ideas hoy predominantes, se ha desplazado el eje de referencia hacia el consumidor jurídico -quien es el que recaba la tutela jurisdiccional- más que colocarlo en el vértice del operador (juez o abogado) del fenómeno litigioso involucrado.
>
> "2) Responde solidariamente a la más conveniente función razonablemente posible, del lado del consumidor e, *igualmente*, del lado del profesional accionado, con los concurrentes beneficios para el órgano destinatario de la prueba.

"Si como con acierto se ha puntualizado, en principio y como regla, no es otro que el médico y no el enfermo el que mejor conoce "cuál fue la situación al comienzo de la atención, qué terapia era la más conveniente de acuerdo con el diagnóstico, qué dificultades se presentaron, con qué medios técnicos disponían, cuáles fueron las causas probables de la frustración, qué rol le cupo a la entidad sanatorial", la norma insinuada recoge esa evidencia de la situación real para reglamentarla en la asignación de un deber de cooperación (carga) que no significa, de por sí, atribuir culpa en el obrar del médico en el caso.

"3) Las dos anteriores se enlazan, así mismo, con la incidencia económica que tanto CALABRESI, como ALPA en su contexto más global y reparando en la dimensión social que lleva hoy la mayoría de los fenómenos jurídicos, advierten con claridad;...".

En el caso que es objeto de análisis, ha debido entonces, el ente demandado acreditar que frente al procedimiento quirúrgico que seccionó el nervio facial se habían adoptado las medidas de precaución anteriores, tales como exámenes y análisis del paciente encaminadas a la prevención de la lesión de dicho nervio o, por lo menos, haber enterado al paciente Ramírez Morales de la situación comprometida de aquel, sus complicaciones y consecuencias dañosas , con miras a que el enfermo participara en la decisión de un acto quirúrgico que afectaría su futuro estado físico y emocional. Ante la omisión probatoria que en tal sentido se observa por parte del Instituto de Seguros Sociales resulta evidente para la Sala la falla del servicio que a la larga originó los perjuicios materiales y morales causados a Gustavo Eduardo Ramírez Morales y a su esposa, en una situación tal de conexidad que sin aquella los daños no se hubieran ocasionado. Se dan pues los elementos básicos de la responsabilidad extracontractual administrativa y así, lo declarará la Sala en esta providencia.

Ahora bien, como se precisó anteriormente en este mismo fallo, los antecedentes consignados en la historia clínica del actor enseñan que a pesar de la delicada lesión diagnosticada radiológicamente desde octubre de 1986, el paciente se abstuvo de concurrir a exámenes y consultas de control hasta el año 1988 cuando dada la gravedad de su lesión se hizo necesario intervenirlo quirúrgicamente. Sin duda alguna el comportamiento omisivo de Gustavo Eduardo Ramírez Morales repercutió en la agravación de su enfermedad, permitió el proceso infeccioso y, consecuencialmente facilitó las dificultades para adelantar el tratamiento de cirugía a que se sometió y que culminó con la parálisis facial del lado derecho. En tales condiciones, estima la Sala que hubo culpa parcial de la víctima en el resultado dañoso que lo afectó, culpa que calculada en un 20%, implica a su vez atenuar la responsabilidad del ente demandado y la correspondiente condena en el mismo porcentaje.

Para efectos de liquidar el monto de los perjuicios causados a los demandantes, se toman en consideración dos aspectos : uno, el que se refiere al porcentaje de culpa atribuible al actor (20%) y, otro, la valoración de su incapacidad laboral cuya disminución fue establecida por Medicina Laboral del Ministerio del Trabajo y Seguridad Social en un 15%.

Se deduce del proceso que el actor se desempeña como operario de pintura de muebles de madera y que el salario que devengaba para julio de 1988 era de $25.637.40 (Decreto 0254 de 1987). Así mismo se acreditó que la demandante Adiela Ocampo Rivera contrajo matrimonio con la víctima. (Fol.5).

Hay lugar entonces al reconocimiento de perjuicios morales derivados de la afectación personal, física y anímica del actor y su cónyuge, cuya demostración en autos la Sala la encuentra suficiente según los testimonios de los allegados y compañeros de trabajo del lesionado y su esposa. Les corresponde como indemnización por este concepto el equivalente en pesos a 800 gramos de oro fino para Gustavo Eduardo Morales, y el equivalente en pesos a 400 gramos del mismo metal para su esposa, conforme a las deducciones antes mencionadas y la prudente discrecionalidad que le corresponde aplicar al juzgador, en cada caso particular, conforme a reiterada jurisprudencia de la Sección.

Los perjuicios materiales se liquidarán sobre la base salarial antes anotada, la cual deberá actualizarse mediante la fórmula: Vp : Vh Indice Final/Indice Inicial; donde Vp, es el valor presente; Vh, es el valor presente; Vh, es el valor histórico ($ 25.637.40); Indice Inicial el que regía en julio de 1988 (93.34) e Indice Final el vigente a la fecha en que se proyecta este fallo (243.87).

$$Vp : 25.637.40 \frac{243.87}{93.34} = \$\ 66.983.oo$$

Valor de la renta actualizada $ 66.983.oo

Indemnización debida, antes de la reducción (20%) :

Comprende desde la época en que se causó el daño hasta la fecha de esta providencia, es decir <48.6 meses. Se utiliza la fórmula :

$$S = Ra \frac{(1+i)\,n - 1}{i} \;;$$

$$S = 66.983.oo \frac{(1+0.004867)\ 48.6 \quad - 1}{0.004867} = 3.662.619.51$$

Indemnización futura, antes de la reducción (20%):

Abarca desde la fecha del fallo hasta el cumplimiento del término de vida probable, el cual, de acuerdo con la Tabla Colombiana de Mortalidad adoptada por la Superintendencia Bancaria corresponde a 42.66 años ó 512 meses.

Se utiliza la fórmula : $S = Ra \frac{(1 + i)n - 1}{i\ (1 + i)n} =$

$$S = 66.983 \frac{(1 + 0.004867)^{512} - 1}{0.004867\ (1+0.004867)^{512}} = 12.616.889.23$$

Valor total de la liquidación : $ 16.279.508.74, antes de la reducción (20%); se entiende la que tendría derecho si la incapacidad hubiera sido del 100 por 100%, pero como perdió sólo un 15% de la suma anterior se deduce un 15% correspondiente a la pérdida de capacidad laboral, cuyo valor es de $ 2.441.926.31, monto éste del cual hay lugar a descontar un 20% que corresponde a la proporción en que dada la concurrencia de culpa del actor se atenúa la responsabilidad pecuniaria del Instituto de Seguros Sociales, para obtener como cifra indemnizatoria definitiva, por concepto de perjuicios materiales la cantidad de $ 1.953.541.04.

Advierte la Sala que el Señor Fiscal Colaborador al momento de rendir su concepto propuso la caducidad de la acción por cuanto si el hecho sucedió el 8 de julio de 1988 y la demanda se presentó el 9 de julio de 1990, "a la fecha de la presentación de la demanda, el plazo para el ejercicio de la acción directa había caducado".

No comparte la Sala la forma de calcular el término de caducidad por parte del Ministerio Público, toda vez que si bien es cierto el hecho dañoso se produjo durante la intervención quirúrgica, la situación fue prolongada en el tiempo por el propio Instituto de Seguros Sociales al pretender días más tarde, el 24 de julio, hacerle un injerto con resultados negativos, de donde se infiere que realmente sólo hasta esta segunda intervención se consolidó y aseguró la consecuencia dañosa que originó la demanda, fecha esta última

frente a la cual no había transcurrido el plazo de caducidad cuando se introdujo el 9 de julio de 1990 la demanda ante el Tribunal Administrativo de Risaralda.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, en desacuerdo con el concepto fiscal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

FALLA:

PRIMERO : Revócase la sentencia apelada, esto es, la proferida el 12 de julio de 1991, por el Tribunal Administrativo de Risaralda.

SEGUNDO : Declárase administrativamente responsable, en proporción de un ochenta por ciento (80%), al Instituto de Seguros Sociales por los daños causados al señor Gustavo Eduardo Ramírez Morales al ser intervenido quirúrgicamente por médicos de dicha entidad, el ocho (8) de julio de 1988.

TERCERO : Como consecuencia de la anterior declaración condénese al Instituto de Seguros Sociales a pagar los siguientes valores :

a) Por concepto de indemnización por perjuicios morales el equivalente en pesos a 800 gramos de oro fino para Gustavo Eduardo Ramírez Morales y la equivalencia en pesos a 400 gramos del mismo metal para su esposa Adiela Ocampo Rivera.

El Banco de la República certificará sobre el precio interno del oro a la fecha de ejecutoria de esta providencia y los interesados allegarán copia de la certificación con las respectivas cuentas de cobro.

b) Por concepto de indemnización por perjuicios materiales en favor de Gustavo Eduardo Ramírez Morales la suma de un millón novecientos cincuenta y tres mil quinientos cuarenta y un pesos con 04/100 ($ 1.953.541.04) moneda legal.

CUARTO : Deniéganse las demás pretensiones.

QUINTO : Para el cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 176 y 177 del C.C.A., expídanse las copias respectivas de la sentencia, con constancia de su ejecutoria, con destino a las partes, haciendo precisión sobre cuál resulta idónea para hacer efectivos los derechos reconocidos (artículo 115 del C. de P.C.).

COPIESE, NOTIFIQUESE, CUMPLASE Y DEVUELVASE.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha, treinta (30) de julio de mil novecientos noventa y dos (1992).

Daniel Suárez Hernández, Presidente de la Sala; *Carlos Betancur Jaramillo, Juan Montes Hernández, Julio César Uribe Acosta.*

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria .

RESPONSABILIDAD POR ALMACENAJE /OBLIGACION DE RESULTADO/HECHO DE UN TERCERO-Inexistencia.

El hecho de un tercero que se quiere alegar, configurado por el hurto de la mercancía hecho por otra persona, no alcanza a tener ese efecto, porque precisamente ese hecho es el que pone de presente que la administración incumplió su obligación (de resultado, se entiende) de guardar la mercancía para facilitar su nacionalización. Esta clase de responsabilidad objetiva se mantiene pese a los términos del artículo 58 del Decreto 2666 de 1984 o Código de Aduanas, que responsabiliza a los almacenistas o bodegueros cuando los depósitos de mercancías sean administrados por la aduana. El alcance de la norma no puede ser el de exonerar a la administración por la pérdida de la mercancía. No; lo que quiere la ley es responsabilidad también, en forma personal, a dichos funcionarios. La persona que pierda su mercancía en la aduana podrá demandar a la administración o al funcionario o a ambos, con la diferencia que la responsabilidad de la primera será objetiva (contrae una obligación legal de resultado) y la del segundo nacerá de su culpa o negligencia.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera

Santafé de Bogotá, D.C., Julio , treinta (30) de mil novecientos noventa y dos (1992)

Consejero Ponente : *Doctor Carlos Betancur Jaramillo*

Referencia: Expediente N°. 7020 Actor : Sociedad Autofrenos LTDA.

Procede la sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 25 de julio de 1991, mediante la cual el tribunal administrativo de Cundinamarca dispuso :

" 1o.- Declárase a la Nación -Ministerio de Hacienda y Crédito Público, responsable de los perjuicios sufridos por la Sociedad Autofrenos Ltda. con motivo de la sustracción de repuestos de bodega de la Aduana Nacional.

" 2o.- Condénase en concreto a la citada entidad a pagar al demandante la cantidad fijada en la parte motiva de esta providencia.

" 3o.- Deniéganse las demás súplicas.

" 4o.- Dése cumplimiento a los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

" 5o.- Las cantidades liquidadas reconocidas en esta sentencia devengarán intereses comerciales durante los seis meses siguientes a su ejecutoria y moratorios después de este término.

" 6o.- Si no fuese apelada esta sentencia consúltese."

En la demanda, presentada el 15 de mayo de 1.986, se narraron, en síntesis, los siguientes hechos :

1) Que la Sociedad Autofrenos Ltda. importó de los Estados Unidos unos repuestos para vehículos automotores por valor de US $ 23.046.75.

2) Que la mercancía llegó a Bogotá por la vía aérea y fue depositada en la Aduana Interior de Bogotá el día 21 de agosto de 1.985, en la bodega " Italia ", mientras se surtían los trámites de nacionalización a cargo de la firma " Aduaneros y Representantes."

3) Que los interesados en esa nacionalización fueron informados el 26 del mencionado mes que la mercancía había sido hurtada en su totalidad y que los funcionarios habían formulado la denuncia correspondiente.

El tribunal, luego del trámite de rigor, decidió en la forma indicada. De esa sentencia, se destaca el siguiente aparte :

"Cumplidos estos pasos ha de entenderse, conforme a los artículos 30 y 54 del Decreto 2666 de 1.984, que la Aduana recibió las mercancías debidamente especificadas por calidad, cantidad y número, según aparece en el registro de importación de folios 14 a 16 del cuaderno 1.

" Probada la entrega de la mercancía era obligación de la Nación, una vez se cumpliera el proceso de nacionalización, restituirla al importador.

" La Aduana no cumplió la conducta esperada, sino que perdió las mercancías, según lo enseña el testimonio de Pedro Humberto Linero Zúñiga (folio 142 cuad. 1) y lo ratifica un documento público firmado por los aforadores de la Aduana Augusto León e Islena Rodríguez que aparece a folio 151 cuad. 1.

" Al entregar las mercancías a un extraño, la Nación se colocó en imposibilidad de cumplir, incurriendo en la obligación de reparar por sucedáneo.

" La fuente inmediata del daño viene a ser, la conducta de la administración de perder las mercancías en su poder, que causa, por vía de necesidad un perjuicio representado en ellas y en las ganancias dejadas de percibir, como resultado de su desaparición.

" En consecuencia hay lugar a declarar a la Aduana responsable tal como se pide. "

La parte actora se conformó con el fallo, no así la demandada, quien en su escrito de sustentación alega :

" En reiteradas oportunidades el Consejo de Estado, se ha pronunciado con relación a la falla del servicio y que se deben dar tres (3) elementos:

" A.- Existencia del hecho dañoso (falla del servicio) por omisión, retardo, irregularidad, ineficiencia o ausencia del servicio.

" B.- La Existencia de un daño que implica la lesión o perturbación de un bien protegido por el Derecho.

" C.- La relación de causalidad entre la culpa de la Administración y el daño.

" El Estado se exonera de toda responsabilidad, cuando demuestra como causa del daño, la culpa de la víctima, EL HECHO DE UN TERCERO, la fuerza mayor o caso fortuito, también se exonera cuando la causa del daño es la falta personal del agente.

" En conclusión ha sido el hurto cometido por un tercero el hecho dañoso y sus consecuencias causa exclusiva del daño; pues la Aduana no pudo entregar esta mercancía por la imposibilidad física para ello y debido a una causa extraña imprevisible e irresistible (HECHO DE UN TERCERO), luego no se le puede imputar a la entidad demandada la

falla del servicio como comisa directa del daño por pérdida de la mercancía , porque ha quedado claramente demostrado que la causa directa e inmediata del hecho dañoso fue el hurto de la misma por un tercero. "

Cumplido el procedimiento propio de la segunda instancia, es oportuno decidir. Para ello, se considera :

Para la sala la sentencia merece ser confirmada, ya que el análisis hecho por el tribunal se ajusta a la realidad que muestra el expediente.

Deja ver el acervo probatorio :

a) Que la Sociedad demandante importó al país repuestos de automotores (ver registro de importación, aprobado por el Incomex según licencia # 034508 de 6 de abril de 1.985 y formulario 1224020421613) por un valor de US $ 23.046.75, que fueron adquiridos a la Compañía Exportadora Gerson International Corp. (814 juegos de anillos para automotores, a folios 28 y 29 del C. # 1)

b) Que la mercancía se transportó por la vía aérea (ver comprobante a folios 31 del cuaderno principal).

c) Que dicha mercancía se nacionalizó con el manifiesto serie A 200 9639-26122 de 28 de agosto de 1.985 (a folios 36 del c. principal).

d) Que la mercancía fue sustraída de la bodega, tal como se desprende del testimonio del señor Pedro Humberto Linero Z. (a folios 142 del cuaderno principal) y se ratifica en el documento suscrito por los aforadores Augusto León e Islena Rodríguez el 4 de diciembre de 1.985 (a folios 151) .

e) Que el valor de la mercancía ascendió a US $ 23.046.75; pago que por esa suma se le hizo a Gerson International Corp. a través del Banco del Comercio y mediante carta de crédito sobre el exterior por valor de $4.558.010.76.

En asunto similar esta sala expuso en su sentencia de mayo de 22 de 1.992 (Proceso 6967 Sociedad Importadora Diesel de Colombia Ltda.) algo que ahora se reitera :

" La responsabilidad de la entidad pública por la pérdida de mercancía depositada en sus bodegas con fines oficiales (nacionalización, importación, exportación etc. etc.), es de carácter (objetivo) artículo 2 decreto 630 de 1.946). De tal manera que constatada su pérdida o deterioro, la administración deberá indemnizar a la persona que sea titular de derechos sobre la misma. Es la misma ley la que señala los

motivos de exculpación como únicos ; motivos que no se demostraron en parte alguna y que ni siquiera se alegaron. Así, no se dio la fuerza mayor, el deterioro natural, el empaque defectuoso o inadecuado. El hecho del tercero (el hurto de la mercancía) no está incluido en estas causales, porque precisamente la obligación de custodiarla es obligación de resultado, hasta tanto culmine la gestión oficial propia."

También comparte la sala el valor asignado a la mercancía por el tribunal, como su orden de indexación en la forma aceptada por la jurisprudencia. Valor que se infiere de la prueba documental que obra dentro del expediente.

Estima asimismo la sala que en casos como el aquí definido la liquidación deberá hacerse en el fallo y la suma deberá incluirse en la parte resolutiva.

En este sentido la condena surgirá de la aplicación de la siguiente fórmula Vp = vh ind.f/ind.i; o sea vp = valor que se busca, ya actualizado; vh = 4.558.010.76; ind. f, a junio de 1.992 (249.35); e ind. i; a agosto de 1.985 (50.15).

Hechas las operaciones de rigor, resulta una condena equivalente a $22.662.811.22.

Frente a la pretensión de intereses nada podrá resolverse en esta oportunidad, porque la parte actora no apeló el fallo.

Aunque sobre hacer reflexión sobre el punto, por la razón anotada, la sala reitera, a título de pedagogía judicial, lo sostenido a ese respecto en la sentencia citada atrás. Allí se dijo :

" Frente a la pretensión por intereses, nada podrá decirse en esta oportunidad, porque el tribunal los denegó y la parte actora no apeló de este extremo. Además, dado el grado de consulta que aquí se define, tampoco podrá considerarse porque se haría mas gravosa la condena para la administración.

" Se observa sí que las razones de la negativa dadas por el *a-quo* no son valederas. Aquí no se aplica el artículo 1617 del c.c. que exige para el reconocimiento de dichos intereses la puesta en mora del deudor. La jurisprudencia de la corporación es reiterada en el sentido de que los intereses se reconocen a título de lucro cesante y no como moratorios, desde la ocurrencia del perjuicio. También ha dicho la doctrina que la exigencia de la puesta en mora (artículo 1615 del c.c.) no tiene operancia en el campo de la responsabilidad extracontractual.

" A este respecto el profesor Cammarota observa El daño es la manifestación inmediata del hecho ilícito; sin él, no existe (artículo 1067

del c.c. argentino). En este sentido, el damnificado no tiene que formular ningún requerimiento al responsable del hecho, pues la prueba de la imputabilidad, asociada a la del perjuicio y a la del vínculo causal, acreditará su derecho a la prestación, que en definitiva depende del juez a quien la ley delega la determinación del monto (artículo 1083).

" En materia de hechos ilícitos la mora se produce de pleno derecho; el deber de indemnizar lo impone la ley y el responsable no tiene necesidad de que se le haga saber que su hecho originó un perjuicio, ya que se le presupone, pues sólo él puede configurarlo en cuanto constituye uno de los esenciales para su existencia .

" Se encuentra en mora desde ese preciso momento, independientemente de la demanda, que sólo tiende a hacer efectiva la indemnización. Acaso con ella el damnificado no reafirma lo que la ley le acuerda ? (Cammarota Antonio Tratado de la Responsabilidad Extracontractual. De Palma, tomo 2o pag. 432).

" Para Colombo", no hay textos legales expresos que obliguen a constituir previamente en mora al autor del cuasidelito. El régimen jurídico es, al respecto, distinto en la culpa contractual que en la aquiliana. (Colombo Leonardo A. Culpa Aquiliana Cuasidelitos-La ley, 1.944, pag. 823).

" Por su lado los hermanos Mazeaud, al interpretar el art. 1.146, similar como se dijo al 1.615 de nuestro estatuto civil, afirman : " No se trata, en efecto, de un texto general aplicable a todas las acciones de responsabilidad. Sólo se aplica en forma limitada en materia de responsabilidad contractual y es inaplicable a la responsabilidad delictuosa (Mazeaud H. y León. Compendio del tratado de la Responsabilidad Civil, Colmex, México, Tomo II, pág. 329). Más adelante escriben: "La constitución en mora no tiene efectos en materia de responsabilidad delictuosa. El autor de una culpa delictuosa tiene que reparar la totalidad del perjuicio y mal puede pretender que se exonere del perjuicio anterior a una constitución en mora. Todo el mundo está de acuerdo en descartar del dominio delictuoso la constitución en mora. La solución nunca ha sido dudosa en el campo de la doctrina y la jurisprudencia, a pesar de ciertas vacilaciones, se pronuncia por lo general en el mismo sentido.."

(Mazeaud H. y León O. C. pág. 344).

" Fuera de lo anterior, el mismo artículo 1.615 que sigue idéntica línea doctrinaria, en su parte final resuelve de una vez por todas la controversia, ya que cuando la obligación es de no hacer se deben los perjuicios no desde la constitución en mora sino desde el momento de la contravención. Y nadie puede desconocer que quien causa daño a otra persona con sus hechos u omisiones está violando precisamente aquel principio general

de no hacer daño a nadie, conocido en la doctrina tradicional como neminen laedere."

Finalmente la sala observa en torno a la defensa esgrimida por la entidad:

La responsabilidad en estos casos es objetiva y la persona pública no podrá exonerarse sino alegando los motivos de exculpación indicados en la ley y que se dejaron transcritos atrás. De allí que el hecho de tercero que se quiere alegar, configurado por el hurto de la mercancía hecho por otra persona, no alcanza a tener ese efecto, porque precisamente ese hecho es el que pone de presente que la administración incumplió su obligación (de resultado, se entiende) de guardar la mercancía para facilitar su nacionalización.

Esta clase de responsabilidad objetiva se mantiene, pese a los términos del artículo 58 del decreto 2666 de 1.984 o código de aduanas, que responsabiliza a los almacenistas o bodegueros cuando los depósitos de mercancías sean administrados por la aduana.

Se hace esta afirmación porque el alcance de la norma no puede ser el de exonerar a la administración por la pérdida de la mercancía. No; lo que quiere la ley es responsabilizarse también, en forma personal, a dichos funcionarios.

En este orden de ideas la persona que pierda su mercancía en la aduna podrá demandar a la administración o al funcionario o a ambos, con la diferencia que la responsabilidad de la primera será objetiva (contrae una obligación legal de resultado) y la del segundo nacerá de su culpa o negligencia.

En todo caso, la entidad demandada podrá repetir una vez hecho el pago contra el funcionario. Es entendido también que en eventos como el aquí resuelto, la administración podrá denunciar el pleito al funcionario (almacenista o bodeguero) durante la fijación en lista.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Confírmese la sentencia de 25 de julio de 1.991, dictada por el tribunal administrativo de Cundinamarca, con la precisión en su ordinal segundo de que la condena en concreto asciende a la suma de VEINTIDOS MILLONES SEISCIENTOS SESENTA Y DOS MIL OCHOCIENTOS ONCE PESOS CON VEINTIDOS CENTAVOS MONEDA CORRIENTE ($ 22.662.811.22).

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE

Esta providencia fue aprobada por la sala en su sesión celebrada el día 30 de julio de 1.992.

Daniel Suárez Hernández, Presidente Sala; *Carlos Betancur Jaramillo, Juan de Dios Montes Hernández, Julio César Uribe Acosta.*

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

FUERZA MAYOR -Inexistencia/ **CASO FORTUITO** Inexistencia/ **CULPA DE LA VICTIMA** -Inexistencia/ **FALLA DEL SERVICIO POR OMISION**

La excepción de fuera o caso fortuito no tiene vocación de prosperidad. La Sala no vivencia la nota de irresistibilidad que tal eximente de responsabilidad demanda. Una administración cuidadosa no sólo debe preocuparse por hacer las obras bien, sino también por vigilarlas , mientras están en construcción, para que los ciudadanos no se sientan invitados a transitar por las carreteras o los puentes inconclusos. Toda vía pública abierta, sin señales de peligro, es un mensaje amplio de confianza del ente estatal hacia los peregrinos que los utilizan. La nota de no causalidad tampoco aparece en la realidad fáctica que se examina. No hubo imprudencia de los que hicieron uso del puente; la conducta de la víctima es imputable a la administración, pues ésta inspiró la confianza para que la ciudadanía hiciera uso de él. Por lo demás el hecho de la víctima no aparece como ilícito y culpable.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera

Santafé de Bogotá, D.C., julio dieciséis (16) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Ponente : *Doctor Julio César Uribe Acosta*

Referencia: Expediente N°.7011 Actor : José Alcides Pico y Otros

Demandado: LA NACION-POLICIA NACIONAL Y EL MUNICIPIO DE SAN VICENTE DE CHUCURI.

-I-

Agotada la tramitación procesal de ley, sin que se observe causal de nulidad que vicie la actuación, procede la Sala a desatar el recurso de apelación interpuesta por los apoderados de ambas partes, contra la sentencia calendada el día veintiséis (26) de Agosto de mil novecientos noventa (1.990), proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, dentro del proceso del rubro, que en su parte resolutiva, D I S P U S O :

"1o. El Municipio de San Vicente de Chucurí (Santander), es responsable de la totalidad de los daños ocasionados con la muerte de la señorita SONIA ELDA PICO VILLAMIL, ocurrida el 6 de noviembre de 1.988.

"2o. Ordénase al citado municipio pagar por concepto de perjuicios morales subjetivos causados por la muerte de SONIA ELDA PICO VILLAMIL las siguientes sumas:

"a). El valor de seiscientos gramos de oro para JOSE ALCIDES PICO y para ORFELINA VILLAMIL DE PICO, padres de la víctima.

"b). Para cada uno de los señores ELSA Y NESTOR ALCIDES PICO VILLAMIL, el valor equivalente a ochenta gramos de oro.

"c). Para los menores JOSE HECTOR Y NANCY SMITH PICO VILLAMIL el equivalente al precio de cuarenta gramos de oro para cada uno.

"3o. Absuélvase de toda responsabilidad a la Nación -Ministerio de Defensa-Policía Nacional.

"4o. Condénase en constar a la parte demandante en favor de la Nación.

"5o. Niéganse las restantes peticiones de la demanda." (fl. 233-234, C. 1).

Para la mejor comprensión jurídica de todas las circunstancias legales, generales y particulares del caso, se transcribe a continuación lo pertinente del fallo, en el cual se razona judicialmente dentro del siguiente temperamento:

"Actuando por medio de un profesional del derecho, comparecen ante este Tribunal las siguientes personas: JOSE ALCIDES PICO, ORFELINA VILLAMIL DE PICO, ELSA PICO VILLAMIL y los menores JOSE HECTOR Y NANCY SMITH PICO VILLAMIL representados por un padre JOSE ALCIDES señalando como partes demandadas a la NACION MINISTERIO DE DEFENSA POLICIA NACIONAL, y al Municipio de San Vicente de Chucurí.

"Solicitan los actores que se declare la responsabilidad administrativa de los entes demandados por la totalidad de los daños que se causaron con la muerte de SONIA ELDA PICO VILLAMIL ocurrida el 6 de noviembre de 1.988. Por perjuicios morales se solicita el valor equivalente a mil gramos de oro para cada uno de los actores. Por concepto de daños materiales, piden que se pague la cuantía que logre demostrarse procesalmente o en total que resulte partiendo del salario mínimo legal. Piden asimismo que se condene a las entidades demandadas al pago de los daños sufridos por JOSE ALCIDES PICO derivados de las lesiones personales en los mismos hechos. Solicita la demanda que por perjuicios morales ocasionados por dichas lesiones se les pague a cada uno de los demandantes el valor de mil gramos oro. Y por perjuicios materiales la cuantía que se demuestre procesalmente o con base en el salario mínimo legal. Por último solicita indemnización por daño moral objetivado si logra demostrarse. Advierte la demanda que la condena debe actualizarse conforme al promedio de índice de precios al consumidor.

"Los hechos que sirven de soporte a las múltiples pretensiones de los actores ocurrieron el 6 de noviembre de 1.988 en el Municipio de San Vicente de Chucurí al caerse un puente peatonal cuando transitaba JOSE ALCIDES PICO y su hija SONIA ELDA PICO VILLAMIL, golpeándose ésta última al caer al río para fallecer mas tarde en el Hospital San Juan de Dios de este Municipio. JOSE ALCIDES PICO resultó gravemente herido al derrumbe del puente. Afirma la demanda que el puente dado al servicio de la Alcaldía Municipal se había construido por un maestro de obra, sin los conocimientos técnicos de ingeniería requeridos para el caso. Agrega que mientras que duró la construcción la policía vigiló el paso, evitando el tránsito de grupos numerosos de personas. Pero que inexplicablemente el día de la tragedia fue retirada la vigilancia policial mientras simultáneamente por medio de parlantes la Alcaldía anunció la inauguración de dicha obra. Agrega que la joven occisa trabajaba en modistería y a la vez estudiaba ayudando económicamente a su familia, como hija soltera. Y concluye que el señor Pico no obstante sus graves lesiones debió abandonar el Hospital para concurrir al sepelio de su hija." (fls. 216-218, C 1)

...

"PARA RESOLVER SE CONSIDERA

"Con el fin de expedir un fallo de mérito sobre las peticiones de la demanda la Sala estudia el siguiente material probatorio:

"1o. La muerte de SONIA ELDA PICO VILLAMIL ocurrida el 6 d noviembre de 1.988 se establece mediante el acta de defunción que aparece en el folio 7, según la cual fue causada por politraumatismo contuso, trauma cráneo-encefálico.

"2o.- En el folio 73 aparece el acta de necropsia según la cual - hubo traumatismo cráneo-encefálico severo, con edema cerebral agudo, fractura de cráneo y fractura de huesos de la cara, lesiones que produjeron paro respiratorio.

"3o.- Sobre las lesiones sufridas por JOSE ALCIDES PICO, en el cuaderno No. 2 folio 30 está la historia clínica llevada en el hospital regional San Juan de Dios de San Vicente, en el cual ingresó el 6 de noviembre de 1.988 y salió el día siguiente. Al examen físico presentaba herida en la piel de la región frontal derecha y politraumatismo en tejidos blandos.

"4o.- Sobre la forma como ocurrieron los hechos en el mismo cuaderno No. 2 folio 11 está la inspección judicial practicada el 11 de noviembre al puente peatonal que cruza la quebrada LAS CRUCES, en la que se constató su estado después de los hechos, cuando quedó completamente inservible.

"5o.- En el folio 201 aparece la providencia expedida por el Juzgado veintidós de instrucción criminal el 30 de enero de 1.989, mediante la cual se decreta la detención preventiva de BENJAMIN CALA GAMARRA como responsable del homicidio culposo, en SONIA ELDA PICO VILLAMIL, en concurso material con lesiones personales en otras personas, hechos ocurridos el 6 de noviembre de 1.988. En los folios 270 y siguientes aparece la Resolución acusatoria dictada por el mismo Juzgado, contra el sindicado CALA GAMARRA por los mismos hechos.

"6o.- En el cuaderno No. 3 están las siguientes declaraciones:

"a.- MARIO ARDILA GOMEZ quien afirma que el 6 de noviembre de 1.988 terminado un partido de microfútbol, en el recorrido hacia la casa los transeúntes sufrieron un accidente al caerse el puente colgante que une el parque natural Santander con el centro del municipio. Asevera que las tablas se soltaron porque ellas no estaban amarradas. Que en esos hechos resultó muerta una joven, y, que él también sufrió heridas. Agrega que después de dado al servicio el puente en unas tres oportunidades pasaron grupos numerosos de personas sin que nada ocurriera. (fls. 3 y 4).

"b.- ESPERANZA ARDILA GOMEZ, afirma que el puente estaba recién reparado la noche de los hechos. Que se movía mucho y que le faltaban las guayas que sirven de pasamanos. Que ella estaba comentando el peligro, cuando se cayó. Que intentó levantarse pero que no pudo porque tenía unas tablas encima. Que con la ayuda de varias personas logró

salir. Afirma que la utilización del puente era autorizada por la alcaldía por medio del perifoneo. (fls. 5 y 6).

"c.- MARLENE SANCHEZ GOMEZ, en sentido similar a la anterior declarante, narra como ella también cayó del puente, mientras pasaba con un numeroso grupo de personas (fls. 6 a 8).

"d.- PEDRO MARTINEZ CHACON, afirma que con fundamento en el aviso dado por el maestro de obra BENJAMIN CALA, a los organizadores del campeonato se dio el puente al servicio; que él no recibió autorización de las autoridades municipales para invitar por autoparlantes al campeonato, y que tampoco solicitó permiso, porque no era necesario. (fls. 9 a 11).

"e.- OSCAR GONZALEZ, quien también cayó del puente mientras transitaba, afirma que antes de pasar, él observó que no estaba terminado completamente porque había tablas sin apuntillar y debía pasarse por todo el centro del puente. Que él utilizó ese puente por ahorrar camino. (Fls. 13 v y 14).

"f.- GERARDO ARENAS, uno de los organizadores del campeonato de microfútbol, afirma que la directiva de los organizadores no se reunió con BENJAMIN CALA para saber si el puente estaba en servicio. Que de oídas supo que el señor CALA había dicho que se podía pasar, pero con mucho cuidado. Que fue el señor PEDRO MARTINEZ quien avisó que el puente estaba en servicio e invitó a los partidos. Que él pasó antes unas tres veces y observó que el puente presentaba la falta de algunos tornillos de sujeción mas o menos en la mitad de los tablones. Y que hizo la prueba brincando con otros compañeros y vieron que no había peligro alguno. El como inspector de obra, afirma que el puente no había sido entregado en forma oficial. Afirma que por altoparlantes escuchó a PEDRO MARTINEZ indicando que se podía pasar por el puente pero con cuidado. (Fls. 14 a 17).

"g.- GRETA MILENA PINZON, quien también sufrió la caída del puente, afirma que esa noche no había señales de prevención para el paso.

Advierte que atravesar el puente no era obligatorio pues podía utilizarse la carretera; pero si era el camino mas cerca para los estudiantes. Afirma que a ella quien le dijo que podía pasar por el puente fue el señor ALFREDO RINCON, pero que debía hacerlo por el centro porque había tablas sin acomodar.

"h.- En el cuaderno No. 1 OMAR PIMIENTO PLATA, afirma que el día 6 noviembre de 1.988 la Alcaldía por altoparlantes avisó que el

puente ya estaba en servicio e invitó al campeonato de microfútbol. Que el puente antes se estaba reparando. No supo más, porque él esa noche no fue al partido. (fls. 120 a 122).

"i.- En sentido similar declara ANA DE DIOS RUEDA CASTELLANOS.

Ella escuchó el autoparlante de la Alcaldía invitando al partido de microfútbol, con el aviso de que el puente ya estaba en servicio. Era la voz de PEDRO MARTINEZ. Agrega que era necesario pasar con cuidado, porque no tenía sino una guaya a cada lado del puente. Informa que el campeonato fue organizado por el Municipio. Afirma que aparentemente el puente se veía bien; pero que al pasar ya se sentían los tablones sueltos en el extremo que da al parque. C. No. 1 Fl. 124 a 125.

"6o. Sobre los mismos hechos y en igual sentido declaran JULIO CESAR MONSALVE y JAIRO GOMEZ RUEDA. Pero éste agrega, que desde un principio observó que parte de las tablas del puente no estaban apuntilladas. Que al regreso, como su esposa no tienen mucho equilibrio y además llevaban a un bebé de brazos, él esperó unos instantes a que pasara la gente. Pero en esos momentos el puente se derrumbó. (fls. 126 y s.s.).

"7o. Según informe rendido por el alcalde municipal de San Vicente de Chucurí al Comandante del Décimo Distrito de la Policía Nacional, el arreglo del puente fue contratado por la Alcaldía Municipal con dineros del presupuesto del Municipio. El día 6 de noviembre no se solicitó colaboración de la policía para el control del paso de las personas, porque el día anterior ya se había utilizado la obra sin problema alguno. fl. 41 C. No. 1

"8o. En el folio 174 del Cuaderno No. 1, está el concepto rendido por el Jefe del Departamento de Ingeniería Civil de la Universidad Industrial de Santander, según el cual la construcción de puentes peatonales debe hacerse con el concurso de tres ingenieros que se encarguen del diseño, construcción y supervisión ya que así se garantiza la calidad de la obra y es posible detectar presuntos errores. Aduce que en esta y en las demás obras que impliquen riesgos para las vidas humanas el cuidado debe estar en manos de expertos en la calidad, resistencia y comportamiento de materiales, conocimientos que poseen los ingenieros civiles.

Estima que las consecuencias de emplear empíricos para tales trabajos son: diseños inapropiados, incertidumbre en cuanto a la capacidad por falta de cálculos estructurales. Posibilidad de uso de materiales

inapropiados, y falta de utilización de las normas que rigen el diseño de obras civiles.

"9o. Según constancia que obra en el folio 107 del C. 1, entre el municipio de San Vicente y el Señor BENJAMIN CALA GAMARRA para la reconstrucción del puente no hubo contrato. Se elaboró una orden de trabajo que el interesado se negó a firmar, porque le resultaba muy oneroso adherirle estampillas.

"Pues bien, la Sala al examinar las pruebas que acaban de reseñarse estima lo siguiente:

"1o. No hubo falla del servicio ni omisión de ninguna clase por parte de la Policía Nacional. Está probado que la noche de los hechos, no fueron solicitados servicios de vigilancia. Y dada la manera como el puente se desplomó, de un momento a otro, no sería válido exigirle a los Agentes de orden, actividad alguna tendiente a evitar el percance, que surgió inesperadamente. Por tanto, acogiendo el criterio de la Fiscalía habrá de absolverse a la Nación de toda responsabilidad en este asunto.

"2o. En cuanto al Municipio de San Vicente de Chucurí la Sala encuentra que su actividad en relación con el contrato de obra celebrado para arreglar el puente peatonal que posteriormente se derrumbó, reviste serias irregularidades que bien pueden ser calificadas como falla del servicio, capaces de originar responsabilidad por los daños que sufrieron los demandantes.

"En efecto; hubo error en contratar la obra con un ciudadano carente de conocimientos técnicos evaluados por un título de idoneidad sobre la materia relativa a la construcción.

"Esta anomalía virtualmente podría servir de fundamento para acceder a la súplica de los actores, declarando responsable al Municipio demandado, pues sin menester de conocimientos profundos en la materia, la simple lógica permite presumir que la reconstrucción o reparación de un puente colgante, como bien lo enseña el funcionamiento de la UIS en su concepto, requiere utilizar al máximo conocimientos para prevenir los grandes riesgos que tal obra conlleva para los transeúntes. Siendo una vía pública dentro del perímetro urbano, es al Municipio a quien corresponde su cuidado y mantenimiento. Y por ende, es a esta ciudad a quien debe exigirse el máximo de ponderación en los arreglos que se hacen; todo en procura de garantizar la vida de los ciudadanos.

"A lo anterior debe agregarse el descuido que se evidencia frente al contratista, quien a su arbitrio optó por no firmar la orden de trabajo para evadir el pago de impuestos de timbre. Seguramente otros serían

los resultados si al contrato se le hubiese rodeado de las formalidades mínimas que deben llenarse en la celebración de esos convenios. Se echa de menos la garantía de estabilidad de la obra, que de hacer prestado el contratista seguramente lo habría obligado a elaborar mejor su trabajo.

"Las fallas descritas no encuentran justificación así fuese mínimo el precio del contrato, como que el arreglo del puente iba envuelto el interés general de la comunidad que diariamente debía cruzarlo para ahorrar un recorrido más largo. La tragedia pudo ser mas grave si se repara que fueron varias las personas que cayeron al lecho de la quebrada.

"Por último en cuanto atañe también al Municipio, si bien no aparece prueba alguna de que fuera el alcalde quien dio al uso público el puente con la reparación inconclusa, lo cierto es que un empleado del municipio, usando el altoparlante de la Alcaldía, fue quien invitó a la comunidad a transitar por el referido puente, produciendo convecimiento sobre la posibilidad de usarlo.

Estas circunstancias también hacen responsable al municipio; porque seguramente si no hubiese existido la invitación a transitar el puente difundida por el altavoz del despacho oficial, nadie habría pasado o el número de personas no habría sido tan profuso.

"Así las cosas, habrá de declararse responsable al Municipio de San Vicente de Chucurí por los perjuicios ocasionados a los demandantes por la muerte de la joven SONIA ELDA PICO VILLAMIL; pero como el material probatorio revela que el estado en que se hallaba el puente por no haberse terminado la reconstrucción era conocido o por lo menos fácilmente observable por las personas que usaban esta vía para transitar, habrá de disponer que la responsabilidad sea compartida por la víctima también. Pues aún admitiendo su corta edad -17 años- dado el conocimiento del lugar que se presume ella tenía, por ser oriunda y vecina de la región; y teniendo en cuenta que con su progenitor asistió al campeonato, resulta también válido suponer que ambos, debían por la experiencia adquirida por el tránsito, en ese lugar ser cuidadosos y precavidos. Sobre este aspecto, el relativo al mal estado del puente, basta leer las declaraciones de ESPERANZA ARDILA GOMEZ, MARLENE SANCHEZ GOMEZ, OSCAR GONZALEZ, GERARDO ARENAS, JAIRO GOMEZ RUEDA y MARIELA DIAZ MANTILLA, para tener —certeza del conocimiento mas o menos general sobre el estado de inseguridad que ofrecía la obra, debido a que no se había culminado. En ello también son uniformes los declarantes y las pruebas en general; nadie asevera que la obra hubiese sido entregada a la Alcaldía, luego mal puede hablarse de la existencia de un aviso oficial a la comunidad. Ya se dijo, y se repite, el municipio responde porque uno de sus empleados utilizando el parlante oficial invitó a la ciudadanía al

campeonato. Pero esta invitación no hace totalmente responsable a la entidad demandada. La responsabilidad equitativamente debe repartirse porque hubo imprudencia de los asistentes al evento deportivo, ya que sin medir las consecuencias se lanzaron en grupo numeroso a pasar el puente que aún no se había terminado de reparar. Deben ellos por tanto, asumir los perjuicios en la parte que podría corresponder a su comportamiento apresurado e imprudente. De tal manera, que en este caso, el Municipio de San Vicente será condenado a la reparación de los daños; pero solo en un sesenta por ciento. El cuarenta por ciento restante debe correr a cargo de la víctima.

"LOS PERJUCIOS

"Para atender las súplicas de la demanda se sigue el mismo orden que el libelo presenta así:

1o. Por concepto de perjuicios morales subjetivos ocasionados con la muerte de la joven SONIA ELDA PICO VILLAMIL a cada uno de los demandantes deberá indemnizarles el municipio de San Vicente con las siguientes sumas:

"a). El valor se seiscientos gramos de oro para, JOSE ALCIDES PICO y para ORFELINA VILLAMIL DE PICO, padres de la víctima; advirtiendo que esta cifra corresponde al sesenta por ciento del máximo valor que es posible reconocer por daños morales subjetivos ya que en estos casos se presume el dolor, dado el parentesco.

"b.- Hecha la advertencia anterior, a cada uno de los hermanos de la víctima se les compensará su dolor así: el equivalente a ochenta gramos de oro en favor de ELSA Y NESTOR ALCIDES PICO VILLAMIL. Y para los menores JOSE HECTOR Y NANCY SMITH PICO VILLAML el equivalente al precio de cuarenta gramos de oro. Estas sumas a manera de resarcimiento por la afectación moral que sufrieron debido a la pérdida de su hermana, cree la Sala que son equitativas ya que la muerte no fue violenta como afirma la demanda. Obedeció a un accidente, que bien pudieron evitarlo de una parte el Municipio, absteniéndose de cursar la invitación que indujo en error a los ciudadanos; y otra la víctima y su progenitor si hubiesen sido más cuidadosos y previsivos; pero también admite su dolor, pues la sola circunstancia de estar comunicado con la víctima, para la fecha de su fallecimiento permite suponer que sufrieron aflicción y tristeza ante este hecho; basta leer las declaraciones que aparecen en los folios 119 a 121.

"2o.- No habrá pronunciamiento alguno sobre el reconocimiento a indemnización por daños materiales ni por daños morales objetivados; porque la demanda no indicó la cuantía de los mismos, omisión que en

este aspecto la hace inepta. Sobre el particular ya se ha pronunciado retiradamente este Tribunal en similar sentido siguiendo las pautas doctrinarias sentadas por el H. Consejo de Estado; pero no sobra agregar que en reciente auto de la sección primera con ponencia del H. Consejero Dr. MIGUEL GONZALEZ R. fechado el 4-4-91 refiriéndose a la cuantía; o mejor, a la obligación de estimarla en forma razonada, dijo lo siguiente:

"Para la Sala es incuestionable que el juez llamado a conocer de una demanda no puede, ni siquiera so pretexto de interpretarla, deducir pretensiones que el actor no formula en su memorial o escrito, por cuanto bien sabido es que el fallo extra o ultrapetita sólo está autorizado el juez laboral que conoce de un proceso de dicha naturaleza en primera instancia...". "En los demás procesos, incluido el contencioso-administrativo, el juez está limitado por las pretensiones que se enuncian de manera" clara y separadamente en la demanda (Art. 138 del C.C.A., en armonía con el art. 137 ib).

"JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA, junio de 1.991, página 492.)

"Entre las razones para llegar a la anterior conclusión a juicio del H. Consejo de Estado, son las siguientes:

"a.- Que no puede tener el juzgador la calidad de juez y parte.

"b.- Que la parte demandada, que a la postre es la que debe responder tiene derecho a conocer desde un principio cuales son y a cuanto ascienden las condenas que la demandante persigue.

"c.- "como podría condenarse al pago de perjuicios materiales -lucro cesante y daño emergente- y morales si no se pide ni se cuantifica, y ni siquiera se busca establecer es el juicio..."

"3o.- Como no se demostraron daños materiales por las lesiones que sufrió el señor JOSE ALCIDES PICO ya que las heridas no dieron sino incapacidad de un día según consta en la historia clínica (folio 101 C No. 1), no habrá lugar a ningún reconocimiento ya que de otra parte tampoco fue estimado el valor de los mismos en la demanda.

"4o.- En cuanto a los perjuicios morales que la demanda aduce, como surtidos (sic) por la víctima de sus lesiones y por sus familiares, dada la levedad de las heridas, la Sala considera que no hay lugar a dicho reconocimiento. En efecto, no parece admisible que por unas lesiones que no produjeron sino un día de incapacidad, deben ser indemnizados no solo la víctima sino también su cónyuge y sus hijos. Resultan por tanto desproporcionadas las solicitudes y consecuencialmente habrá de negarse." (Folios 219-232, cuaderno principal).

-II-

SUSTENTACION DEL RECURSO POR EL APODERADO DE LA PARTE ACTORA

A Folios 248 y siguientes del Cuaderno No. 1, obra el extenso escrito en que el mandatario judicial de la parte actora hace sus valoraciones de naturaleza jurídica y fáctica, orientadas a defender la perspectiva desde la cual él ha estudiado el caso, orientando su discurso a que el fallo se modifique en los siguientes aspectos:

1o) Que se declare que sí hubo falla de la Policía Nacional, por omisión, pues ella no podía ignorar que el puente se hallaba en reparaciones y no cumplió con el deber de vigilancia de que trata el Capítulo VI del Código de Policía;

2o) Que no hubo culpa de la víctima, pues ésta fue declarada por el *a quo* sin base probatoria;

3o) Que se modifique el monto de la condena por perjuicios morales en favor de los hermanos de SONIA ELDA PICO VILLAMIL, pues aspira a que ella se fije en 500 gramos de oro para cada uno de ellos;

4o) Que se ordene indemnización por las lesiones sufridas en el rostro por el Señor JOSE ALCIDES PICO, pues cada hecho dañoso acarrea, por sí solo, la obligación de que indemnice;

5o) Que se revise la tesis que considera ilógica e injurídica, según "...la cual los daños cuya reparación se reclama deben ser cuantificados en la demanda, so pena de que, a pesar de haber sido reclamados y de estar probada su existencia y establecida su cuantía, no pueden (?) ser reconocidos"

Si no se transcribe, en lo fundamental la literatura que se orienta a fundamentar cada uno de los anteriores puntos, es por las limitaciones que en trabajo ha generado el racionamiento de la energía eléctrica.

-III-

CONDUCTA PROCESAL DEL APODERADO DEL MUNICIPIO DE SAN VICENTE DE CHUCURI.

En el escrito que obra a folios 236 y siguientes del Cuaderno No. 1, solicita la revocatoria del fallo impugnado con apoyo, en las siguientes razones del alcance jurídico y fáctico:

1a) Que el puente no estaba concluido para el día en que ocurrieron los hechos, y, por lo mismo, no puede hablarse de "una construcción sino de una reparación...";

2a) Que el Señor Pedro Martínez, no podía comprometer al Municipio y menos invitar por altoparlante al campeonato, motivo por el cual hubo "...una atrevida y riesgosa actividad de una persona, quien sin prever las consecuencias de sus actos pudo haber incitado al uso del mismo puente que como está sabido se encontraba en reconstrucción y las obras aún no habían concluido;

3o) Que de parte del ente demandado no hubo falla en la prestación del servicio y como tal "...no puede deducirse responsabilidad dado que la obra de reconstrucción del puente no había sido concluida y tampoco había sido entregada en forma oficial al Municipio demandado, lo que desde todo punto de vista le quita cualquier responsabilidad debido que no puede culparse al Municipio de los hechos provocados o precipitados por los mismos asociados;

4o) Que la administración, a cuya cabeza está el Señor Alcalde Municipal, no había dado al servicio el puente, por lo que cabe concluir que las personas unilateralmente decidieron usarlo;

5o) Que el puente soportaba en el momento del desplome una sobrecarga, superior a toda su capacidad, hubiera estado o no al servicio;

6o) Que los usuarios potenciales del puente crearon el riesgo y en semejantes circunstancias no puede preconizarse por parte de la sentencia que hubo falla en la prestación del servicio;

7o) Que el accidente se debió exclusivamente a un caso fortuito precipitado por el gran número de personas que en forma irresponsable trataron de superar el puente, a sabiendas de que las obras de reparación no estaban concluidas;

8o) Que en la sentencia hubo omisión pues el fallador no hizo pronunciamiento alguno sobre la excepción de fuerza mayor o caso fortuito.

Que por ello es "...fuera solicitar que en la segunda instancia se haga el pronunciamiento de las mismas declarando su prosperidad.

-IV-

CONSIDERACIONES DE LA SALA

A) La sentencia impugnada será confirmada, aunque con algunos ajustes de carácter económico, por las razones que más adelante se precisarán.

En el caso sub-exámine la excepción de fuerza mayor o caso fortuito no tiene vocación de prosperidad, pues por definición legal la fuerza mayor o caso fortuito es el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los autos de autoridad ejercidos por un funcionamiento público, etc. (Ley 95 de 1.980, art. 1o). En el caso en comento la Sala no vivencia, por parte alguna, la nota de IRRESISTIBILIDAD que tal eximente de responsabilidad demanda. Una administración cuidadosa no solo debe preocuparse por hacer las obras bien, sino también por vigilarlas , mientras están en construcción, para que los ciudadanos no se sientan invitados a transitar por las carreteras o los puentes inconclusos. Toda vía pública abierta, sin señales de peligro, es un mensaje amplio de confianza del ente estatal hacia los peregrinos que los utilizan. Por lo demás, la nota de NO CAUSALIDAD tampoco aparece en la realidad fáctica que se examina. En este particular la doctrina enseña que no basta que el evento sea irresistible sino que es menester, además. "QUE QUIEN LO INCOA NO HAYA DADO CAUSA AL MISMO" (Responsabilidad Extracontractual. Jorge Peirano Facio). En el caso que se estudia resulta incuestionable que el Municipio de San Vicente de Chucurí construyó o reparó el puente y no tuvo el buen cuidado de vigilarlo para que no fuera utilizado por los vecinos del sector en condiciones que no eran confiables. Finalmente, tampoco se registra la nota de IMPREVISIBILIDAD. Nada mas humanamente previsible que una tragedia si un puente se construye en forma defectuosa, o se permite su utilización antes de quedar completamente terminado o reparado. No se necesita ser un científico de la ingeniería para ajustar bien la conducta, en casos como el que se estudia, pues el mas elemental de los humanos puede prever que si un puente se construye o repara mal se convierte en una trampa mortal. La tragedia que dio lugar al presente conflicto de intereses había podido ser impedida por la administración, y esta sola circunstancia desnaturaliza la causal eximente de responsabilidad que se propuso como excepción. En la materia que se estudia la Sala hace suya la perspectiva jurídica que la Corte Suprema de Justicia manejó en sentencia de 27 de Septiembre de 1.945, LIX, 442, en la cual, y en lo pertinente, se lee:

> "La noción de caso fortuito o fuera mayor está literalmente consagrada y, en ocasiones, repetida en diversas disposiciones del Código Civil; sin embargo, aún cuando su función está nítidamente definida en dichos textos no hay, nada, empero, con respecto a su naturaleza específica. Se ha considerado como indicativo de la circunstancia de caso fortuito y fuerza mayor la presencia de una causa extraña que no se nos puede imputar. Un acontecimiento determinado no constituye fatalmente, por si mismo y por fuerza de su naturaleza específica, un caso fortuito o fuerza mayor. Es necesario en cada caso estudiar las circunstancias que mediaron o rodearon el hecho. Para que exista el poder liberatorio por el caso fortuito o la fuerza mayor, se requiere la coexistencia de una condición negativa externa: *LA AUSENCIA DE LA FALTA DEL DEUDOR.*

En otros términos: cuando existe dolor, negligencia, o imprudencia del deudor, la falta neutraliza el obstáculo y el obligado o deudor permanece responsable. El código habla de causa extraña que no pueda ser imputada al obligado o comprometido. Pero esto no quiere decir que la ausencia de falta sea el equivalente del caso fortuito o fuerza mayor, desde el punto de vista liberatorio en todos los casos y, en especial, en lo referente a la irresponsabilidad del deudor. *Para radicar la responsabilidad es necesario establecer que un perjuicio es causado por una determinada culpa, porque sin esa relación de causalidad no habría lugar a la indemnización correspondiente. El caso fortuito o la fuerza mayor excluye la responsabilidad por falta de la relación de causalidad entre la culpa y el daño...* Para que exista el caso fortuito o la fuerza mayor es necesario que el acontecimiento sea imprevisible, es decir, que no haya podido preverse, no con imposibilidad metafísica, sino que no haya presentado con caracteres de probabilidad y que no se pueda resistir" (Subrayas de Sala)

Por las razones que se dejan expuestas, — la excepción no prospera.

B) Por lo que hace relación con el ente responsable de la tragedia, no hay espacio para la duda que impida concluir que lo fue el Municipio de San Vicente de Chucurí y no la Policía Nacional, como lo pretende también el demandante.

Al folio 41 del Cuaderno No. 1 obra la nota de respuesta que el Alcalde citado Municipio dirigió al Comandante del Décimo Distrito de la Policía Nacional, de fecha seis de Febrero de 1.989, en la cual se destaca:

"a.) Al punto Primero: La adecuación del puente que da acceso al Parque Recreacional Santander, fue ordenada por la Alcaldía Municipal de San Vicente S.

"b.) Al punto Segundo: El arreglo se pagó por parte del Municipio de San Vicente y con dineros del presupuesto Municipal.

"c.) Al punto tercero: En algunas oportunidades le fue solicitada la colaboración a la Policía Nacional para el control del paso, sobre todo a los encuentros deportivos que se estaban llevando a cabo en las canchas de dicho parque; pero dichas soluciones fueron verbales.

"d.) Al punto Cuarto: Para el día 6 de noviembre de 1.988, no fue solicitada la colaboración; por cuanto el día anterior, ya había sido utilizado el puente, sin que presentara percance o problema alguno." (fl. 41, C. 1).

Así las cosas, la mala adecuación del puente solo al ente municipal puede atribuirse. Por lo demás, la obra fue pagada por este, motivo por el cual no puede aspirarse a que la Policía Nacional responda por la conducta antijurídica, pues ella ni siquiera fue advertida de la celebración deportiva que dio lugar al desplazamiento masivo de personas.

Finalmente, sobre la forma como ocurrieron los hechos resultan bien ilustrativos los testimonios rendidos por la Señora MARIELA DIAZ MANTILLA y PIMIENTO PLATA, quienes ilustran al fallador dentro del siguiente marco:

MARIELA DIAZ MANTILLA

Persona de 19 años de edad, casada, ama de casa, discurrió dentro del siguiente temperamento.

"Resulta que estábamos en los partidos de microfútbol femenino que se desarrollaban en el parque Santander, en una de las canchas; esto fue el domingo 6 de octubre de 1.988.- Nosotros fuimos porque ya habían avisado que ya se podía pasar por el puente colgante que comunica al mencionado parque.- Resulta que ya cuando se terminaron los partidos nos vinimos de la cancha; y nosotros fuimos casi los últimos fuimos casi los mas perjudicados.- Resulta que de la mitad del puente hacia atrás, las tablas del piso no estaban todas apuntilladas no estaban aseguradas, y habían colocado las guayas que van a los lados del puente, nosotros dimos como seis pasos después de tomar el puente, cuando nos desplomamos, se fue eso abajo a la quebrada y nos caímos, es decir, el puente se desplomó; yo caí al pié de mi cuñada SONIA ELDA PICO VILLAMIL, y yo a ella no le vi sino un poquito de las piernas, porque el resto del cuerpo lo tenía cubierto de tablas y yo misma me las quité, pero yo no me podía quitar porque la pierna izquierda, casi se me parte; otra cuñada también cayó lejos, pero no me bien (sic) cuenta donde cayó; mi suegro ALCIDES PICO cayó al pié del muro y se le rajó la cara; él quedó inconsciente, y ahí fue cuando llegaron con mas gente para ayudarnos a sacar, y nos llevaron al Hospital, y resulta que la cuñada, dicen, que la llevaron con vida, y que los médicos no habían podido hacer nada para salvarla, pues ella murió.- Eso fue todo".-

PREGUNTADO: Sírvase decirnos, dónde habían dado el aviso de que ya se podía pasar por el puente que conduce al Parque Santander?

CONTESTO: Dicen que por los parlantes habían dado el aviso, no se si fue por los parlantes de la Alcaldía." (folios 116 vto y 117, C. 1) ...

"PREGUNTADO: Sírvase decirnos, si cuando Uds. iban hacia el parque, observaron antes de entrar a él, algún aviso donde hicieran algunas

recomendaciones o prevenciones para pasar por el puente? CONTESTO: "No señor, no había ninguna clase de aviso. Antes de empezar a arreglar el puente permanecían agentes de Policía en los dos extremos del puente, para advertir a la gente que pasaran de a poquitos.- Y ya después los organizadores del Campeonato averiguaron con el señor que estaba haciendo el puente, que si ya se podía pasar y él les dijo que sí, y por eso abrieron nuevamente el paso por el puente, pero no advirtieron de que pasaran de a poquitas personas; por eso la gente que pasamos esa noche, estábamos seguros de que no corría ningún peligro y por eso íbamos confiados..." (fls. 117, C. No. 1).

PIMIENTO PLATA

Persona de 24 años de edad, de profesión comerciante, sin generales de ley con las partes, dijo:

"Pues el día 6 de noviembre de 1.988, era un domingo, en horas de la mañana, si no me equivoco, echaron un aviso por los parlantes de la Alcaldía, informando que la administración Municipal informaba que el puente daba al parque natural o parque Santander, me parece que así fue que dijeron se podía transitar, y que a su vez invitaban a la final de los partidos femeninos de microfútbol exactamente no recuerdo entre qué equipos era la final; me parece que ese 6 de noviembre fue un domingo, no recuerdo bien.- En razón de ese aviso, la gente acudió a los partidos, y luego de ellos ocurrió la caída del puente donde murió la señorita SONIA ELDA PICO VILLAMIL y resultaron varios heridos; esa noche fue una tragedia. "PREGUNTADO: Sírvase decirnos, si lo sabe, quiénes eran los organizadores del susodicho Campeonato de microfútbol ? CONTESTO: "Yo me parece que eso era la Administración Municipal la que organizaba el Campeonato Femenino de Microfútbol. "PREGUNTADO: Sírvase decirnos, si con anterioridad al 6 de noviembre, estaba en uso o servicio el puente que conducía al citado parque natural Santander? CONTESTO: "No, no estaba en servicio, porque le estaban haciendo reparaciones consistentes en cambiarle tablas y guayas, era una reparación total que le estaban haciendo al puente, porque las que tenían, es decir, las tablas, estaban deterioradas."

A la luz del acervo probatorio se impone concluir que es verdad probada que el puente no estaba bien reparado, pues las tablas del piso no aparecían suficientemente clavadas, y no habían colocado las guayas que van a los lados del puente, como lo recuerda la deponente Mariela Díaz Mantilla. El apoyo de su exposición vienen también los declarantes ANA DE DIOS RUEDA CASTELLANOS y JULIO CESAR MONSALVE SUAREZ. La primera afirma que oyó un aviso "....por los parlantes de la Alcaldía, era la voz del señor PEDRO MARTINEZ, que decía que invitaban a la continuación del campeonato de microfútbol femenino en el parque Santander, *por cuanto ya*

el puente estaba listo, que ya estaba en condiciones de que la gente pudiera transitar, pero no dijeron que pasaran de a poquitos ni nada, pero sin embargo uno pasaba con cuidado porque no tenía sino una guaya a cada lado del puente, prácticamente las que sostenía el puente"

Casos como el que estudia comprometen la responsabilidad de la administración, en forma objetiva, por el funcionamiento anormal del servicio, máxime cuando en el sitio de la tragedia no había señalización alguna de vigilancia policiva para impedir el tránsito de las personas. En el caso sub-exámine el Municipio de San Vicente de Chucurí no puede presentar título justificativo alguno para que el particular soporte los daños, pues como ya se destacó en otro aparte de este proveído, la fuerza mayor no se probó. En el caso en comento aparece claro que la administración infringió un deber de diligencia en el cuidado o vigilancia del puente, realidad que viene en apoyo del razonamiento judicial que se deja hecho.

C) La Sala no hace suya la perspectiva jurídica que manejó el tribunal cuando llegó a la conclusión de que hubo imprudencia de los que hicieron uso del puente, ya que sin medir las consecuencias se lanzaron en grupo numeroso a pasarlo cuando aún no se había terminado de reparar. Y no la patrocina, porque la conducta de la víctima es imputable a la administración, pues ésta inspiró confianza para que la ciudadanía hiciera uso de él. Por los demás el hecho de la víctima no aparece como ILICITO Y CULPABLE. En esta materia la Sala hace suya la perspectiva jurídica que maneja el Profesor Jorge Peirano Facio, en su obra Responsabilidad Extracontractual, cuando enseña:

> "Según las enseñanzas de la doctrina dominante, para que el ofensor pueda reclamar la exoneración parcial o total en razón del hecho de la víctima, éste debe ser ILICITO y CULPABLE. Tal solución se impone en virtud de un doble razonamiento: a) desde el punto de vista lógico porque la situación de la culpa de la víctima se analiza jurídicamente, según ya enseñó AMEGAZA en la comisión de dos hechos ilícitos (el del ofensor y el de la víctima), y siendo así, es elemental que el hecho de ésta deba poseer aquellos caracteres, y b) desde el punto de vista práctico, porque decidir que el simple hecho de la víctima basta para trascender sobre la responsabilidad sería acordar, en la mayoría de los casos, la exoneración del ofensor. El automovilista, por ejemplo, no puede argüir para descargar su responsabilidad que la víctima se encontraba a su paso, al menos que ella lo estuviera de modo ilícito y culpable, ya que de otra forma nunca se podría hacer prosperar una acción de responsabilidad." (Obra citada. Editorial Temis, pág. 432).

La filosofía jurídica anterior lleva al *ad-quem* a modificar la condena que por perjuicios morales hizo el tribunal en favor de JOSE ALCIDES PICO y ORFELINA VILLAMIL DE PICO (padres de la víctima), los cuales deberán recibir un mil gramos de oro fino cada uno, que se deberán pagar

con el precio nacional que el referido metal tenga en el momento de quedar ejecutoriado este fallo.

Los hermanos del occiso ELSA, NESTOR ALCIDES, JOSE HECTOR y NANCY SMITH PICO VILLAMIL, deberán recibir, también por perjuicios morales, la cantidad de trescientos gramos oro (300) de oro cada uno y se pagarán en la forma que se dejó descrita en el aparte anterior. Se confirmará la negativa del fallador de instancia a reconocer perjuicios materiales, pero ella tiene como apoyo la circunstancia de que en el proceso no se demostró, con fuerza de convicción, que la finada ayudará en forma permanente a sus padres. Las dádivas ocasionales o transitorias hacen que el perjuicio no sea CIERTO, y, por lo mismo, que no pueda su reparación.

D) Las pretensiones del señor JOSE ALCIDES PICO, para que le indemnicen los perjuicios materiales y morales que sufrió con ocasión de las lesiones que recibió en la misma tragedia, serán denegadas, pues la prueba aportada no permite al fallador tener la cabal comprensión de que ellos causaron.

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

FALLA:

1o. CONFIRMASE los numerales primero (1o), tercero (3o), cuarto (4o) y quinto (5o) de la sentencia calendada el día veintiséis (26) de Agosto de mil novecientos noventa y uno (1.991), proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, dentro del proceso del rubro;

2o) REVOCASE el numeral segundo (2o) de la misma providencia, el cual quedará así:

2o) Como consecuencia de la declaratoria anterior, condénase al Municipio de San Vicente de Chucurí (Santander) a pagar por concepto de perjuicios morales subjetivos las siguientes cantidades de oro fino, a cada una de las personas que a continuación se relacionan:

a JOSE ALCIDES PICO un mil gramos de oro fino (1.000);

a ORFELINA VILLAMIL DE PICO, un mil gramos de oro fino (1.000);

a ELSA, NESTOR ALCIDES, JOSE HECTOR y NANCY SMITH PICO VILLAMIL, la cantidad de trescientos (300) gramos de oro fino. El pago se hará teniendo en cuenta el precio referido metal en la fecha en que quede ejecutoriada esta sentencia, según certificación que para tal fin expedida el Banco de la República.

Para el cabal cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 176 y 177 del C.C.A., se expedirán las copias respectivas de la sentencia, con constancia de su ejecutoria, con destino a las partes, haciendo precisión sobre cuál de las copias resulta idónea para la efectividad de los derechos reconocidos.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE.

Daniel Suárez Hernández, Presidente de la Sala; *Juan de Dios Montes Hernández, Carlos Betancur Jaramillo, Julio César Uribe Acosta.*

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

BALDIO Adjudicación/ **ACTO ADMINISTRATIVO/ NOTIFICACION/ PUBLICACION/ ACTO DE REGISTRO**

Las formas tradicionales de hacer públicos los actos administrativos, están dadas por la notificación personal, la notificación por edicto, la inscripción en registro público o, la publicación de periódicos o diarios oficiales de amplia circulación. Los actos administrativos relacionados con la adjudicación de baldíos, no se escapa a las formas de publicidad antes anotadas. La publicidad producida con la inscripción en el registro público, jurídicamente, en materia de inmuebles, hace las veces de notificación y publicidad con efectos erga omnes, de tal suerte que desde entonces nadie podrá válidamente ignorar el hecho, acto, negocio o providencia que refleje la situación jurídica del bien.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera

Santafé de Bogotá, D.C., Julio treinta (30) de mil novecientos noventa y dos (1992)

Consejero Ponente : *Doctor Daniel Suárez Hernández*

Referencia: Expediente N°. 7510 Actor :Sucesión de Hermman Hoek

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto contra el auto de Marzo 5 de 1.992 dictado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante el cual dispuso "Inadmítese la demanda presentada

por el señor THOMAS H. HOECK M. por haber operado el fenómeno jurídico de la caducidad de la acción...." (fls 39 a 41).

ANTECEDENTES

El señor THOMAS H. HOECK, previos los trámites del proceso ordinario, formula demanda para que, "con citación y audiencia del Agente del Ministerio Público del orden nacional y del Gerente del INSTITUTO COLOMBIANO DE LA REFORMA AGRARIA, o quien haga sus veces, se dicte sentencia en la que se hagan las siguientes o similares:

DECLARACIONES Y CONDENAS

"2.1. ...que es nula la Resolución 09703 de 18 de Diciembre de 1971 del INSTITUTO COLOMBIANO DE LA REFORMA AGRARIA - JEFE DE LA DIVISION DE ADJUDICACIONES - por la cual se hizo una adjudicación de baldío a favor de MARIA EMMA RIVERA DE CHUNZA Y LUIS CHUNZA, del predio EL PORVENIR, ubicado en el Municipio de Sopó (Cund.), con matrícula 176 - 0046341.

"2.2. Que se ordene a la oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Zipaquirá cancelar el Registro que de la adjudicación hizo al folio de matrícula No. 176 - 0046341.

"2.3. Que se condene en costas". (Fls 2 y 3)

Previamente a decidir sobre la admisión de la demanda, se ordenó oficiar al INCORA a fin de que remitiera copia auténtica de la citada resolución, con las respectivas constancias de publicación, notificación o ejecución según el caso, para lo cual, el Instituto envió copia auténtica de todo el expediente relacionado con la adjudicación del predio el porvenir con las constancias de debida notificación y de registro exigidas.

El Tribunal, en el auto materia de apelación, como fundamento para rechazar la demanda, discurrió así:

"En primer término de conformidad con el artículo 38 de la ley 135 de 1.961 -sobre reforma social agraria-, la declaratoria de nulidad de las adjudicaciones de tierras baldías, podrá demandarse ante el correspondiente Tribunal de lo contencioso administrativo por los procuradores agrarios o cualquiera otra persona, dentro de los dos (2) años siguientes a la publicación de la respectiva providencia en el Diario Oficial.

"No obstante lo anterior, el artículo 1o. del Decreto 2002 de 1.953 había señalado que solamente se debían publicar las resoluciones de

adjudicación de baldíos en extensiones mayores de cincuenta hectáreas y, en el presente caso, la extensión del predio se calculó aproximadamente en 4.6 hectáreas, de donde se concluye que el acto cuya nulidad se solicita, no requería dicha publicación.

"Al respecto es preciso advertir que, de acuerdo con el artículo segundo de la parte resolutiva del acto impugnado, la adjudicación quedó amparada por la presunción de derecho establecida en el artículo 6o. de la ley 97 de 1.946, según la cual "...todo terreno adjudicado por el Estado ha sido baldío cuando la resolución de adjudicación haya tenido como base una explotación con cultivos o establecimiento de ganados por un período no menor de cinco años con anterioridad a la fecha de la adjudicación....."; dicha norma también señala que esa presunción no surtirá efectos contra terceros sino después de un año a partir de la fecha de inscripción de la providencia de adjudicación; a partir de ese momento ha de contarse el término de caducidad de la acción frente a personas que como el demandante tienen la calidad de tercero.

"En este asunto, el registro de la adjudicación se efectuó el 7 de septiembre de 1.971, según consta en copia auténtica de la resolución remitida por el INCORA (Folio 35), después de un año, el 7 de septiembre de 1.972, el acto empezó a surtir efectos frente a terceros y desde esa fecha hasta el 6 de septiembre de 1.991 -día en que se presentó la demanda- han transcurrido más o menos diecinueve (19) años, por lo que indiscutiblemente la acción se encuentra caducada."

En reducido memorial que corre a folios 42 y 43 el apoderado de la actora aduce que no se da el elemento de caducidad de la acción pues sin la notificación o publicación debida, mal podría entrar a correr los términos de caducidad. Por otra parte, no se puede aplicar una presunción sin que el hecho del cual se presume o concluye de derecho una consecuencia esté acreditado, es decir, los cultivos, ganadería etc., por el término señalado en la disposición.

Termina solicitando la prosperidad del recurso impetrado.

Para resolver,

SE CONSIDERA:

Sea lo primero anunciar que la providencia recurrida se confirmará por encontrarse ajustada a derecho, con base en las siguientes razones:

a) Los actos administrativos, así sean de contenido particular, pero con trascendencia a terceros, deberán ser comunicados a quienes tengan interés jurídico serio y actual para controvertirlos. La ley ordena hacerlos públicos de diferentes maneras para que puedan ser controvertidos.

b) Las formas tradicionales de hacer públicos los actos administrativos, están dadas por la notificación personal, la notificación por edicto, la inscripción en registro público o, la publicación en periódicos o diarios oficiales de amplia circulación.

c) Los actos administrativos relacionados con la adjudicación de baldíos, no se escapan a las formas de publicidad antes anotas y desde la propia Ley 200 de 1.936 hasta nuestros días, la múltiple legislación que se ha ocupado de la materia indica diversas formas para ello.

d) Como bien lo precisa el *a quo*, en materia agraria y especialmente en punto tocante con la adjudicación de baldíos, el legislador colombiano ha distinguido entre predios cuya extensión superficiaria excede las cincuenta (50) hectáreas y aquellos otros inferiores a dicha cabida. La normatividad precisada en el auto recurrido, esto es, la Ley 97 de 1.946, Decreto 2002 de 1.953 y la Ley 135 de 1.961 hacen precisamente tal distinción. Adicionalmente a tales disposiciones legales, el Decreto 810 de 1.969 en su artículo 10, el Decreto 389 de 1.974 artículo 14, la Ley 4 de 1.973 artículo 38, la Ley 30 de 1.988 y el Decreto 2275 de 1.988 en su artículo 58 se ocupan del tema de la publicidad de los actos administrativos referentes a la adjudicación de baldíos, bajo la óptica que tuvo el Tribunal para arribar a la decisión materia del recursos que ahora se desata.

e) La Sala agrega a lo anterior que conforme al Decreto 1250 de 1.970 que regula la inscripción de inmuebles en las oficinas de registro de Instrumentos Públicos, como servicio a cargo del Estado, tiene entre otras, la función de dar publicidad y a hacer oponible a todo el mundo los actos, negocios y providencias referidas a inmuebles. Concretamente el artículo 44 del referido estatuto prescribe que "Por regla general ningún título o instrumento sujeto a registro o a inscripción surtirá efectos respecto de terceros sino desde la fecha de aquel". Es decir, que la publicidad producida con la inscripción en el registro público, jurídicamente, en materia de inmuebles, hace las veces de notificación y publicidad con efectos erga omnes, de tal suerte que desde entonces nadie podrá válidamente ignorar el hecho, acto, negocio o providencia que refleje la situación jurídica del bien.

Así las cosas, y visto el folio de matrícula inmobiliaria #176-0046341 de la oficina de Instrumentos Públicos de Zipaquirá, visible a folios 15 y 16, se tiene que la resolución No.09703 del 18 de diciembre de 1970 emanada del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria "INCORA", relacionada con la adjudicación de baldío del predio "EL PORVENIR" fue inscrita en el libro 1o., tomo 6o. página 252 No.1596 de 1971, el día 7 de septiembre de 1971. Por consiguiente, desde entonces y frente a terceros, dicho acto se hizo público y por lo mismo oponible. De manera pues, que el plazo legalmente señalado por las normativas que regulan la materia agraria nacional, para impugnar el acto administrativo de adjudicación de baldíos respecto el predio

El Porvenir, comenzó a correr en dicha oportunidad y precluyó 2 años después, vale decir, el día 7 de septiembre de 1973.

Cabe afirmar entonces, como lo hizo el a-quo que la acción impetrada en este proceso el 6 de septiembre de 1991, se encontraba CADUCADA y, por consiguiente, se impone la inadmisión de la demanda.

Por lo expuesto, la Sala

RESUELVE:

CONFIRMASE el auto apelado, esto es, el de 5 de marzo de 1992, proferido por la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE A LA OFICINA DE ORIGEN.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha, treinta (30) de julio de mil novecientos noventa y dos (1.992).

Daniel Suárez Hernández, Presidente de la Sala; *Carlos Betancur Jaramillo, Juan Montes Hernández, Julio César Uribe Acosta.*

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

PERJUICIOS MORALES A ABUELOS

Dada la organización familiar y cultural en donde los vínculos afectivos entre abuelos y nietos superan en ocasiones los normalmente existentes entre padres e hijos, se impone al apreciar cuantitativamente el perjuicio moral de los abuelos por el daño inferido a sus nietos, establecer un nivel más alto y ponderado que el utilizado para la tasación del monto indemnizatorio en favor de los hermanos. La doble situación de abuela y madre de crianza, esos desvelos y sacrificios para procurar su formación y educación, sin duda alguna generaron en ella y sus nietos especiales relaciones de cariño materno y filial, las que al producirse el violento quebranto de las mismas, se tuvieron que proyectar amargamente en los sentimientos de la abuela.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera

Santafé de Bogotá, D.C., Agosto seis (6) de mil novecientos noventa y dos (1992)

Consejero Ponente : *Doctor Daniel Suárez Hernández*

Referencia: Expediente N^{O}. 6901 Actor :José Rubén Aguirre

Conoce la Sala del recurso de apelación que la parte actora interpuso contra la sentencia de 17 de julio de 1991, proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda, mediante la cual se dispuso:

"1. "Se declara administrativamente responsable a la Nación - Ministerio de Defensa, Policía Nacional, de la muerte José (sic) Martín Aguirre Gómez ocurrida el 28 de julio de 1990 en el Municipio de Santa Rosa de Cabal.

"2. En consecuencia se condena en concreto a la Nación - Ministerio de Defensa, Policía Nacional, a pagar por concepto de perjuicios morales a José Rubén Aguirre Quintero con cédula 1.401.279, el equivalente a mil (1.000) gramos oro; a Juan Bautista Aguirre Gómez con cédula 18.529.810, a César Augusto Aguirre Gómez con cédula 18.594.447 y a María Mercedes Quintero de Aguirre con cédula 25.156.354, el equivalente a quinientos (500) gramos oro a cada uno.

"Los valores de las condenas se determinarán por el valor del oro a la fecha de ejecutoria de esta sentencia, valor que certifique el Banco de la República. Las sumas así determinadas devengarán intereses comerciales durante seis (6) meses contados a partir de la ejecutoria de esta sentencia y de ahí en adelante devengarán intereses de mora.

"3. A la presente sentencia se le dará cumplimiento dentro del término señalado en el artículo 176 C.C.A. Para su efectividad se enviará copia al respectivo Agente del Ministerio Público.

"4. Comuníquese esta sentencia al Sr. Ministro de Defensa". (Fols.149-150).

ANTECEDENTES

1°. *La demanda.-*

El 4 de septiembre de 1990, ante el Tribunal Administrativo de Risaralda, José Rubén Aguirre Quintero, Juan Bautista y César Augusto Aguirre Gómez y María Mercedes Quintero, en ejercicio de la acción de reparación directa del artículo 86 del C.C.A., demandaron a la Nación - Ministerio de Defensa - Policía Nacional, para que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

"Declárase a LA NACION COLOMBIANA (MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL y DIRECCION GENERAL DE LA POLICIA NACIONAL), administrativamente responsable de la muerte del señor JOSE MARTIN AGUIRRE GOMEZ y por consiguiente de la totalidad de daños y perjuicios ocasionados a JOSE RUBEN AGUIRRE QUINTERO (padre), JUAN BAUTISTA y CESAR AUGUSTO AGUIRRE GOMEZ (hermanos) y MARIA MERCEDES QUINTERO (abuela).

"Los hechos en los cuales perdió la vida el Señor JOSE MARTIN AGUIRRE GOMEZ, ocurrieron en Santa Rosa de Cabal (R), el 28 de

julio de 1990, a manos del Agente de la Policía Nacional DARIO GRANADA ROJAS, quien utilizó para cometer el hecho punible arma de dotación oficial, cuando se encontraba en estado de embriaguez en el Bar "MOTORISTA" ubicado en la Calle 15 entre carreras 12 y 13.

"Como consecuencia de la anterior declaración, háganse las siguientes o similares condenas:

"1o. *POR PERJUICIOS MORALES.* Condénase a la NACION COLOMBIANA (MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL y DIRECCION GENERAL DE LA POLICIA NACIONAL) a pagar a JOSE RUBEN AGUIRRE QUINTERO (padre), JUAN BAUTISTA y CESAR AUGUSTO AGUIRRE GOMEZ (hermanos) y MARIA MERCEDES QUINTERO (abuela), o a quien sus derechos representaren al momento del fallo, los daños y perjuicios MORALES ocasionados con la muerte de su hijo, hermano y nieto, el señor JOSE MARTIN AGUIRRE MUÑOZ, acontecida en las circunstancias ya determinadas en este escrito de demanda.

"Se reclama para cada uno de los demandantes el equivalente en pesos a un mil gramos oro fino, al precio que se encuentre el metal en la fecha que se ejecutoríe la sentencia y de conformidad con la certificación que expida el Banco de la República.

"2o.- *POR INTERESES.* Se pagará a la TOTALIDAD de los actores o a quien sus derechos representaren al momento del fallo, los que se causen desde la fecha en que se ejecutoríe la sentencia. Todo pago se imputará primero a intereses y después de seis (6) meses los de mora.

"3o. Se dará cumplimiento a la sentencia dentro de los 30 días siguientes a la fecha de su ejecutoria". (Fols. 17 a 19).

2o. *Los hechos.-*

Se relacionan en la demanda a los folios 19 a 22 y se reducen, en síntesis, a lo siguiente:

El 28 de julio de 1990, en el municipio de Santa Rosa de Cabal, el agente de la Policía Nacional Darío Granada Rojas luego de terminar su función de vigilancia, se trasladó al bar "El Motorista", ubicado a una cuadra de la Estación de Policía y allí se dedicó al consumo de bebidas alcohólicas. Al mismo tiempo y en el mismo establecimiento se presentó una discusión entre José Martín Aguirre Gómez y el cantinero de dicho bar quien agredió a Aguirre y dio lugar para que el policía Granada Rojas bajo los efectos de las bebidas embriagantes, con el revólver de dotación oficial y sin necesidad de hacerlos, disparara contra Aguirre Gómez no sólo cuanto éste se encontraba

de pies, sino también cuando a consecuencia de los disparos iniciales se encontraba lesionado en el piso.

3°. *Actuación procesal.-*

Enterada la Policía Nacional del auto admisorio de la demanda, por conducto de apoderado dio contestación a la misma (Fls. 61 a 63), y sostuvo que "Las simples afirmaciones del actor en su libelo no son base para acceder a la declaratoria de responsabilidad administrativa y condenas propuestas...por ello me opongo a su reconocimiento, vale decir, a acceder a las pretensiones propuestas".

Agotado el período probatorio, se dispuso el correspondiente traslado a las partes para que alegaran de fondo y a la Fiscalía para su concepto de rigor. La actora en escrito de folios 116 a 128 reitera los planteamientos y pretensiones consignados en su libelo inicial. La demandada también insiste en su oposición a las peticiones de los demandantes e impetra una decisión absolutoria. Para el Fiscal del Tribunal, en el caso examinado hay lugar a declarar la responsabilidad de la administración por una falla del servicio.

4°. *La sentencia apelada.-*

Considera el Tribunal en la sentencia recurrida, que del actuar ilegal del agente Granada Rojas al agredir y lesionar mortalmente a José Martín Aguirre Gómez con el revólver de dotación oficial y bajo los efectos del licor, se deriva una falla del servicio, la cual manejada por la teoría de la falla presunta conduce al *a-quo* a concluir que por no haberse desvirtuado la presunción de falla en el servicio que ocasionó el deceso de José Martín Aguirre, corresponde a la administración responder por los perjuicios inferidos a los demandantes.

Por concepto de indemnización por perjuicios morales, con base en los certificados de los registros civiles aportados, en el fallo recurrido se reconocieron en favor del padre de la víctima el equivalente en pesos a 1.000 gramos de oro; para los hermanos el equivalente en moneda nacional a 500 gramos del mismo metal y para la abuela del occiso también la equivalencia a 500 gramos de oro.

5°. *La segunda instancia*

La parte actora interpuso recurso de apelación contra el fallo anterior por cuanto consideró que la indemnización para la abuela de la víctima debía ser igual a la señalada para el padre, o en su caso, para la que le correspondería a la progenitora, toda vez que ante el desaparecimiento de ésta última, fue la abuela quien asumió las funciones de madre con todos sus nietos. Consecuencialmente solicita que se le reconozca a esa demandante el

equivalente en pesos a 1.000 gramos de oro. La parte demandanda que también apeló, omitió sin embargo, sustentar el recurso y se lo declaró desierto (Fol.165). En el momento de alegar, las partes guardaron silencio.

6º. *El concepto fiscal.-*

La señora Fiscal Segunda de la Corporación "concluye en un todo de acuerdo con los planteamientos soporte del fallo apelado y que sirvieron de base para declarar la responsabilidad administrativa de la Nación por la muerte de JOSE MARTIN AGUIRRE GOMEZ", sobre la tasación indemnizatoria por perjuicios morales reclamada en la segunda instancia para la abuela del occiso, "no se remite en ningún sentido la Fiscalía, habida cuenta que éste concierne exclusivamente al fallador,.....". Culmina la vista fiscal con petición confirmatoria de la decisión impugnada.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Para la Sala el fallo censurado debe confirmarse en lo fundamental porque corresponde a una acertada valoración del material probatorio recaudado y a una correcta interpretación de las normas aplicables y de las orientaciones jurisprudenciales que para estas situaciones ha fijado la Sección. Sólo se modificará la cuantía indemnizatoria asignada a la señora María Mercedes Quintero en su condición de abuela de la víctima.

En el proceso se encuentra debidamente acreditado:

-Que Juan Evangelista Aguirre y Mercedes Quintero contrajeron matrimonio. (Fol. 14).

-Que José Rubén Aguirre Quintero es hijo del anterior matrimonio. (Fol.15).

-Que José Rubén Aguirre Quintero contrajo matrimonio con María Dolores Gómez Hurtado (Fol.12).

-Que la pareja anterior procreó a sus hijos César Augusto Aguirre Gómez (Fol.11), Juan Bautista Aguirre Gómez (Fol.10) y José Martín Aguirre Gómez (Fol.9).

-Que José Martín Aguirre Gómez falleció en Santa Rosa de Cabal el 28 de julio de 1990. (Fol.13 cuaderno principal y 104 del expediente penal), a consecuencia de las lesiones ocasionadas con arma de fuego por el agente de la Policía Nacional Darío Granada Rojas.

-Que al mencionado Agente le fue asignado oficialmente el revólver marca Smith Wesson, calibre 38 largo, No. D-174219 de propiedad de la

Policía Nacional "y de dotación oficial del Cuarto Distrito de Policía, Santa Rosa de Cabal, entregado al Agente GRANADA ROJAS DARIO, únicamente para la prestación del servicio, al cabo del cual debía entregarlo en el armerillo del Distrito".

-Que el arma que portaba el Agente GRANADA ROJAS DARIO, el 28 de julio de 1990, "es la misma de dotación oficial a que se ha venido haciendo referencia", es decir, la misma que utilizó contra Aguirre Gómez.

-Que el mencionado miembro de la Policía Nacional, "el día 28 de julio de 1990, a las 19:00 horas no hizo entrega del arma de dotación oficial, después de terminado su servicio, contraviniendo ordenes impartidas por este Comando, pues existe la orden permanente de que todo el personal debe entregar el armamento de dotación al término de cada turno de vigilancia". (oficio No.0721 -.Comando Cuarto Distrito de Policía Fls.35-36).

-Que Darío Granada Rojas, para la fecha de los hechos, era agente de la Policía Nacional adscrita al Cuarto Distrito de Policía de Risaralda. (Fls.75 y 81).

-Que el agente Darío Granada Rojas fue el autor de los disparos que causaron la muerte de José Martín Aguirre Gómez y el revólver utilizado era de dotación oficial, conforme se acredita con los testimonio recaudados en este proceso, como son los de Carlos Alberto Bedoya Restrepo, folios 89 a 91 vto. y Jairo Mora Duque, (Fls.91 V.-93).

De las anteriores demostraciones el Tribunal del conocimiento dedujo la responsabilidad administrativa del ente demandado por una falla o falta del servicio que dada la naturaleza misma del instrumento utilizado para causar el daño, le permitió al a-quo manejar el asunto con la teoría de la falla presunta del servicio. Acertadamente se sostuvo en la sentencia impugnada que la "utilización de un arma oficial por un agente de la policía para ocasionar la muerte del señor Aguirre, hace aplicable al caso el régimen de responsabilidad por falla presunta del servicio".

Comparte así mismo la Sala, la apreciación del a-quo, en el sentido de que al no encontrar prueba alguna que desvirtúe la presunción de falla del servicio, que ocasionara la muerte de Aguirre Gómez "se tiene que la administración ha de responder por perjuicios que a los demandantes haya causado esa muerte".

Ahora bien, reconocida la responsabilidad administrativa por el deceso violento de José Martín Aguirre Gómez a cargo de la Policía Nacional, con fundamento en las documentales anteriormente relacionadas sobre el estado civil de los demandantes y la víctima, el Tribunal tasó la indemnización por perjuicios morales, que fueron los únicos reclamados en la demanda, así:

para el padre del occiso dispuso el reconocimiento equivalente en pesos a 1.000 gramos de oro; para los hermanos y la abuela un equivalente a 500 gramos del mismo metal.

Al respecto ningún reparo hace la Sala en cuanto al monto indemnizatorio en favor de José Rubén Aguirre, cuya condición paterna hace presumir la afectación moral que la muerte violenta de su hijo debió causarle; similar criterio se observa al analizar la indemnización reconocida a los hermanos del occiso, con quienes el proceso enseña una estrecha relación fraternal, convivencia bajo el mismo techo, unión familiar etc.; circunstancias todas que permiten deducir en ellos la afectación moral y sentimental que originó la indemnización establecida por el juzgador de primera instancia, cuya eventual discrecionalidad para tasar el monto indemnizatorio la Sala procura respetar y sostener. Lo anterior, desde luego, sin olvidar que en recientes providencias de la sala, se ha ampliado el criterio para el reconocimiento indemnizatorio moral a los hermanos de la víctima, en quienes normalmente también hay lugar a presumir "que un daño antijurídico inferido a una persona causado por la acción u omisión de las autoridades públicas genera dolor y aflicción entre sus parientes hasta el segundo grado de consanguinidad y primero civil ya sea ascendientes, descendientes o colaterales" como se sostuvo en sentencia de 7 de julio de 1992, con ponencia del Consejero Daniel Suárez Hernández, al decidir el proceso de Luis María Calderón Sánchez (Expediente No.6750.).

En cuanto al motivo de inconformidad del recurrente por habérsele reconocido a la abuela del occiso el equivalente en pesos a 500 gramos de oro y no los 1000 gramos solicitados, estima la Sala que sobre el particular hay lugar a elevar el monto señalado, así no satisfaga en su totalidad lo pedido.

En efecto, dada nuestra organización familiar y cultural en donde los vínculos afectivos entre abuelos y nietos superan en ocasiones los normalmente existentes entre padres e hijos, se impone al apreciar cuantitativamente el perjuicio moral de los abuelos por el daño inferido a sus nietos, establecer un nivel más alto y ponderado que el utilizado para la tasación del monto indemnizatorio en favor de los hermanos. Esta apreciación cobra mayor respaldo en el sub-judice por cuanto procesalmente se encuentra establecido que la señora María Mercedes Quintero de Aguirre al fallecer la señora María Dolores Gómez, madre de la víctima, prácticamente asumió junto con su calidad de abuela, la condición de madre para suplirla y colaborar en la formación de sus nietos. Esa doble situación, de abuela y madre de crianza, esos desvelos y sacrificios para procurar su formación y educación, sin duda alguna generaron entre ella y sus nietos especiales relaciones de cariño materno y filial, las que al producirse el violento quebranto de las mismas, se tuvieron que proyectar amargamente en los sentimientos de la abuela. Es por esto que la indemnización moral de la demandante será el valor equivalente en pesos a 900 gramos de oro fino.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, de acuerdo con el concepto fiscal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: Confírmase la sentencia apelada, es decir, la proferida el 17 de julio de 1991 por el Tribunal Administrativo de Risaralda, modificando el numeral 2., únicamente en el sentido de reconocer a María Mercedes Quintero de Aguirre el equivalente en pesos a novecientos (900) gramos de oro fino por concepto de indemnización por perjuicios morales.

SEGUNDO: Para dar cabal cumplimiento a los artículos 176 y 177 del C.C.A., expídanse las copias respectivas de las sentencias, con constancia de su ejecutoria, con destino a las partes, haciendo las precisiones previstas en el artículo 115 del C. de P.C.

COPIESE, NOTIFIQUESE, CUMPLASE Y DEVUELVASE.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha, seis (6) de agosto de mil novecientos noventa y dos (1992).

Daniel Suárez Hernández, Presidente de la Sala; *Carlos Betancur Jaramillo, Juan Montes Hernández, Julio César Uribe Acosta.*

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria

FALLA DEL SERVICIO POR OMISION/CULPA PERSONAL DEL AGENTE-Irrelevancia

Si bien los hechos relevaron una conducta personal del agente homicida, también dejaron ver en forma inequívoca que esa conducta no sólo estuvo desvinculada del servicio mismo, sino que encontró su caldo de cultivo en el descuido y negligencia de las autoridades del Batallón. La culpa personal pierde toda relevancia frente al funcionamiento irregular del servicio. No puede olvidarse que el deber de las autoridades de salvaguardar la vida, honra y bienes de las personas, también cobija a los miembros de esas autoridades. Para el caso no importa que el arma homicida no haya sido de dotación oficial; basta que ella hubiera estado disponible, sin control alguno, en el Comando de la institución. No es aceptable que dentro de un establecimiento militar sucedan estos hechos; y ni si quiera se pueden justificar porque ocurrieron en horas que no eran de servicio, con arma que no tenía el carácter de oficial y en desarrollo de actividad que no era propia del servicio.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera

Santafé de Bogotá, D.C., Agosto diez (10) de mil novecientos noventa y dos (1992)

Consejero Ponente : *Doctor Carlos Betancur Jaramillo*

Referencia: Expediente N°. 6524 Indemnizaciones Actor :Clemencia Pantoja Buitrón y Otros.

Procede la sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 7 de noviembre de 1.990, mediante la cual el tribunal administrativo de Santander denegó las súplicas de la demanda.

Súplicas que fueron formuladas de la siguiente manera en la demanda de noviembre 4 de 1988:

"*PRIMERA*.- LA NACION, MINISTERIO DE DEFENSA (EJERCITO NACIONAL) es administrativamente responsable de la totalidad de los daños y perjuicios causados a mis poderdantes como consecuencia de la muerte violenta sufrida por el señor Sargento Vice-Primero del Ejército Nacional LOPE MONSALVE DIAZ a manos de otro sub-oficial del Ejército Nacional, en hechos ocurridos dentro de las instalaciones del Batallón Ricaurte, en Bucaramanga, el día 4 de septiembre de 1.988".

"*SEGUNDA*.- LA NACION, MINISTERIO DE DEFENSA (EJERCITO NACIONAL) debe pagar a la señora CLEMENCIA PANTOJA BUITRON DE MONSALVE, esposa del occiso, la indemnización por daños materiales (daño emergente) en la cuantía que se demuestre en el proceso, o que resulte de la liquidación posterior a la sentencia genérica o que resulte de la aplicación del art. 107 del Código Penal."

"*TERCERA*.- LA NACION, MINISTERIO DE DEFENSA (EJERCITO NACIONAL) debe pagar a la señora CLEMENCIA PANTOJA BUITRON DE MONSALVE, esposa del occiso, la indemnización por daños materiales (lucro cesante) en la cuantía que se demuestre en el proceso, o que resulte de la liquidación posterior a la sentencia genérica o que resulte de la aplicación del art. 107 del Código Penal."

"*CUARTA*.- LA NACION, MINISTERIO DE DEFENSA (EJERCITO NACIONAL) debe pagar a la señora CLEMENCIA PANTOJA BUITRON DE MONSALVE, esposa del occiso, la compensación por daño moral subjetivo en la cuantía que resulte de convenir la cantidad de un mil gramos de oro puro en moneda nacional, de acuerdo con la tasa de cambio que rija al momento de la ejecutoria del fallo (C. P., art. 106)."

"*QUINTA*.- LA NACION, MINISTERIO DE DEFENSA (EJERCITO NACIONAL) debe pagar a los menores hijos del occiso, a saber GLADYS NORELLY MONSALVE PANTOJA, MARLON ANTONIO MONSALVE PANTOJA, LUIS ALEJANDRO MONSALVE PANTOJA y CRISTIAN CAMILO MONSALVE PANTOJA la indemnización por daños materiales (lucro cesante) en la cuantía que se demuestre en el curso del proceso, o que resulte de la liquidación posterior a la sentencia genérica o que resulte de la aplicación del art. 107 del Código Penal."

"SEXTA.- LA NACION, MINISTERIO DE DEFENSA (EJERCITO NACIONAL) debe pagar a los menores hijos del occiso, a saber: GLADYS NORELLY MONSALVE PANTOJA, MARLON ANTONIO MONSALVE PANTOJA, LUIS ALEJANDRO MONSALVE PANTOJA y CRISTIAN CAMILO MONSALVE PANTOJA la compensación por daño moral subjetivo en la cuantía que resulte de convertir la cantidad de cuatro mil gramos de oro puro en moneda nacional, de acuerdo con la tasa de cambio que rija al momento de la ejecutoria del fallo (C.P., art. 106)..Se entiende que la solicitud es de mil gramos de oro puro para cada uno de los hijos del occiso."

"SEPTIMA.- El monto se actualizará de acuerdo con las pautas trazadas para tal efecto por la Ley y la Jurisprudencia."

"OCTAVA.- El daño moral objetivado será reconocido si resultare probado en el proceso, respecto de alguno o de varios o de la totalidad de los demandantes."

"NOVENA.- LA NACION dará cumplimiento a la sentencia en los términos de los arts 176 y 177 del c.c.a."

Se narran en la misma demanda los siguientes hechos, según la síntesis de la fiscalía de la corporación:

"1.- Que el día 4 de septiembre de 1988, hallándose el Suboficial LOPE MONSALVE y su familia en el casino del Batallón Ricaurte de Bucaramanga, tuvo un altercado con el Sargento PEDRO CHAPARRO NIÑO, provocado por este último. Posteriormente, luego de ser separados por algunos de los asistentes, CHAPARRO NIÑO se retiró de allí, para aparecer minutos más tarde con un arma y sin justificación alguna le disparó a su compañero ocasionándole la muerte.

"2.- Que desde tiempo atrás, homicida y víctima tenían una grave enemistad personal determinada por acusaciones falaces que CHAPARRO NIÑO hacía a LOPE MONSALVE respecto a un supuesto cortejo amoroso del cual CHAPARRO afirmaba que LOPE MONSALVE en alguna oportunidad había hecho a su esposa, situación a causa de la cual la víctima en reiteradas oportunidades había solicitado a sus superiores traslado de sede, ya que laboraba en el mismo batallón con su enemigo gratuito, e incluso su lugar de residencia familiar era contiguo al de su detractor, en las viviendas fiscales del bloque No. 5, apartamentos 304 y 402."

Cumplido el trámite de la primera instancia, el tribunal, como se dijo, denegó las súplicas de la demanda, por cuanto consideró que no se había probado falla del servicio y sí la culpa personal del agente homicida. Para

arribar a esa conclusión el aquo respondió negativamente los interrogantes que se planteó a folios 235 del expediente, porque, según su parecer, el hecho no se produjo en horas de servicio, ni en el lugar de su prestación; porque no se acreditó que el arma utilizada era de dotación oficial, ni se demostró que el agente homicida al actuar lo hizo con el deseo de ejecutar un servicio y bajo la impulsión del mismo.

Inconforme la parte actora con la decisión denegatoria, interpuso apelación y sustentó el recurso mediante escrito que obra a folios 241 y ss.

Cumplido el trámite de esta segunda instancia, es oportuno decidir. Para ello, se considera:

Estima el recurrente, con apoyo en la doctrina y en la jurisprudencia, que la sentencia deberá ser revocada para en su lugar acceder a las súplicas de la demanda. Hace en su alegato un juicioso y ponderado análisis de la situación planteada y concluye que la falla del servicio sí resultó debidamente acreditada, como también resultaron probados los otros dos supuestos de la responsabilidad: el perjuicio sufrido por los damnificados y la relación de causalidad entre esa falla del servicio y el daño.

Para la señora fiscal segunda de la corporación, el fallo recurrido deberá revocarse. Así en su vista fiscal de 18 de marzo de 1992 (a folios 305 y ss) conceptúa:

> "Este despacho al evaluar el contenido del expediente, advierte que entre las pruebas, las que contribuyen a establecer la forma como ocurrieron realmente los hechos, se hallan las declaraciones de quienes presenciaron el insuceso (fls. 129-133); el oficio No. 1.385 del Comando del Batallón de Infantería Ricaurte (fl. 80); la orden del día No. 201 del citado Batallón (fl. 245) y finalmente el acta de defunción (fl. 75)."
>
> "Efectivamente mediante estas pruebas se acredita el fallecimiento del Sargento LOPE MONSALVE a consecuencia del disparo que le hiciera su compañero el Sargento CHAPARRO NIÑO, hecho ocurrido el domingo 4 de septiembre de 1988 en el casino del Batallón Ricaurte al cual pertenecían los dos suboficiales, como también que todo ocurrió a consecuencia de una riña personal suscitada entre los mismos, al parecer por viejas rencillas; que uno de ellos, CHAPARRO NIÑO, salió precipitadamente profiriendo amenazas hacia su contentor para volver breves minutos después con un arma sacada al parecer del Comando, con la cual hirió mortalmente al Sargento LOPE MONSALVE."
>
> "Es cierto, pues así lo acreditan los elementos de juicio recaudados, que entre los dos suboficiales existía enemistad fincada en celos de CHAPARRO NIÑO hacia LOPE MONSALVE y que este último, debido

a las reiteradas amenazas que contra él lanzaba continuamente el primero, informó a sus superiores por escrito, como puede apreciarse en las copias de las comunicaciones que aparecen a folios 205 y 214. Los superiores, no obstante la gravedad del problema en razón de los continuos incidentes, amenazas, etc., no adoptaron las medidas necesarias, sino que se limitaron a hacerles un ligero llamado de atención previniéndoles que si no modificaban su conducta se les suspendería en forma definitiva la asignación de las viviendas fiscales que cada uno de ellos ocupaba con su familia, sin perjuicio de la sanción disciplinaria a que hubiere lugar, (fl. 213), medidas que en realidad no se ajustaban a la gravedad de las circunstancias pues si bien es cierto las desavenencias se habían originado en cuestiones meramente personales, éstas habían tomado ya un cariz de gravedad tal, debido a la animadversión existente entre los dos suboficiales, especialmente de parte del sargento CHAPARRO hacia LOPE MONSALVE, que los antecedentes relatados por este último, en los informes rendidos a sus superiores solicitando intervención "para evitar problemas más graves", ameritaban incuestionablemente el que se adoptasen especiales medidas de prevención, no un simple llamado de atención, como ya se anotó."

"Es importante también destacar que en la oportunidad en que ocurrieron los hechos, no obstante hallarse desarmados los dos contenedores, el que uno de ellos, CHAPARRO NIÑO, hubiese salido del casino en donde estaba consumiendo licor, enardecido y profiriendo amenazas de muerte contra LOPE MONSALVE, dejaba entrever un grave e inminente peligro que justificaba vigilancia especial e inmediata sobre el sargento CHAPARRO, aspecto al cual no se le dio importancia permitiendo que saliera del casino, se dirigiera a la oficina del Comando y allí, donde al parecer tampoco había vigilancia o custodia sobre las armas, tomara una y regresara al casino para llevar a cabo su propósito, lográndolo precisamente en razón a la falta de vigilancia."

"Teniendo en cuenta lo expuesto, no cabe duda que existió negligencia y falta de previsión de parte de la administración, que propiciaron la causación del daño configurándose de esta forma la falla o falta del servicio. Se detectan ciertamente los tres elementos básicos de su materialización: el daño representado en la muerte del Sargento LOPE MONSALVE: la falla, que no es la personal del agente, sino la del servicio por omisión y el nexo de causalidad entre la falla y el daño, generadores de la responsabilidad administrativa de la entidad demandada."

Para la sala, le asiste la razón tanto a la parte actora como a la fiscalía de la corporación. Las razones expuestas por una y otra serían suficientes, dada la seriedad y lo ponderado de sus enfoques, para revocar la sentencia recurrida y para acceder a las súplicas de la demanda.

No obstante esto, se anota:

Muestra el acervo probatorio;

Que el sargento viceprimero Lope Monsalve Díaz fue muerto por el suboficial Pedro Chaparro Niño, quien le disparó con un revólver que tomó sin autorización, de la oficina del comando del Batallón.

Que el hecho se desarrolló en el Casino de Suboficiales, situado dentro de las instalaciones del Batallón Ricaurte de Bucaramanga. Que la tragedia ocurrió luego de un altercado que propiciaron ambos suboficiales, durante el cual se liaron a puñetazos delante de sus familias y de otros miembros del citado establecimiento militar. Que el suboficial Chaparro luego del incidente que se deja narrado, se retiró hacía el comando y regresó a los pocos minutos disparando repetidas veces contra Monsalve, causándole la muerte en forma casi instantánea, todo en presencia de otros suboficiales que departían con sus familias y del grupo de guardia que el administrador del Casino había llamado luego del incidente inicial y que nada hizo para evitar la tragedia Que el suboficial Monsalve había denunciado a sus superiores, desde tiempo atrás, los problemas que tenía con Chaparro y que le hacían temer por un desenlace fatal.

Que los superiores nada había hecho para remediar la situación y se habían limitado a simples amonestaciones. Que Chaparro Niño poseía pésimos antecedentes, ya que en su prontuario mostraba 27 sanciones (arrestos y reprensiones severas) y cinco sumarios e informativos.

Se hace el recuento anterior para contrastar la conclusión del a-quo y para señalar que éste se perdió en una brillante construcción teórica y no supo ver la realidad que le mostraban los hechos; hechos que si bien revelaron una conducta personal del agente homicida, también dejaron ver en forma inequívoca que esa conducta no sólo no estuvo desvinculada del servicio mismo, sino que encontró su caldo de cultivo en el descuido y negligencia de las autoridades del Batallón. Autoridades que faltaron a sus deberes: a) Porque pese a saber la relación seriamente inamistosa de los dos suboficiales (propiciada por la celotipia de Chaparro) e informada por Monsalve, nada hicieron por evitar que se agravara; y, por el contrario, los dejaron vivir en dos casas fiscales contiguas. b) Porque luego del incidente inicial a puñetazos, uno de los cuales tumbó a tierra a la señora Monsalve y la privó momentáneamente del sentido, nada se hizo para evitar los acontecimientos posteriores e inmediatos, en tal forma que Chaparro pudo ir al Comando a armarse, *sin que nadie lo detuviera o se lo impidiera*, para regresar casi inmediatamente a descargar el arma homicida contra Monsalve, ante la pasividad, increíble, de los demás suboficiales y del cuerpo de guardia (unos doce hombres) que hacía poco se había hecho presente dizque para restablecer el orden. c) Porque pese a los serios antecedentes de mal comportamiento

que presentaba el suboficial Chaparro, se le mantuvo en el servicio activo en contacto directo y permanente con su enemigo, en quien veía un rival en los amores de su esposa.

Con el cuadro que se deja resumido , la culpa personal pierde toda relevancia frente al funcionamiento irregular del servicio. No puede olvidarse que el deber de las autoridades de salvaguardar la vida, honra y bienes de las personas, también cobija a los miembros de esas autoridades. Y que Monsalve así merecía esa protección, con mayor razón por el peligro que implicaba la presencia cercana de un enemigo mortal como era Chaparro. Para el caso no importa que el arma homicida no haya sido de dotación oficial. Basta que ella hubiera estado disponible, sin control alguno, en el Comando de la institución.

No es aceptable que dentro de un establecimiento militar sucedan estos hechos; y ni siquiera se pueden justificar porque ocurrieron en horas que no eran de servicio, con arma que no tenía el carácter de oficial y en desarrollo de actividad que no era propia del servicio.

Habrá, pues, de revocarse el fallo para acceder a las súplicas de la demanda, ya que la muerte del señor Monsalve causó serios perjuicios a su cónyuge sobreviviente y a sus hijos.

Así, se les reconocerá por concepto de perjuicios morales, a cada uno de los damnificados el equivalente en pesos de 1.000 gramos oro. Se sigue en esto la orientación jurisprudencial.

En cambio, nada se les reconocerá por perjuicios materiales, ya que no se probó en forma alguna este extremo. No se hace la condena en abstracto porque la falta de prueba no hace referencia a cuantía o monto del perjuicio, sino la existencia misma de éste.

Tan cierto es esto que ni siquiera la parte demandante indicó en que consistían éstos, cuales los factores que los configuraban. Obsérvese que en libelo se habla de estos perjuicios (los que resulten demostrados o de la aplicación del artículo 107 del c. penal) pero no se da ninguna base o pauta para su determinación. Incumplió así la parte actora el mandato legal de indicar con toda precisión en que consiste el restablecimiento pretendido. Los testimonios recepcionados para demostrar la dependencia económica de los damnificados, con el señor Monsalve son vagos e imprecisos, ya que unos opinan simplemente y otros afirman no constarles nada.

Estima la sala finalmente que los vacíos probatorios fueron tan protuberantes a este respecto que ni siquiera se demostró en el proceso qué se le había reconocido a la viuda y a sus hijos por motivo de la muerte de su cónyuge y padre. Quizás la parte actora se conformó en esto con las

prestaciones que por motivo de la muerte del suboficial debió reconocerle la nación (Ministerio de Defensa).

Por lo expuesto, y de acuerdo con la fiscalía, el Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera administrando justicia en el nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

FALLA:

1) Revócase la sentencia de 7 de noviembre de 1990 dictada por el tribunal administrativo de Santander.

En su lugar, se dispone:

a) Declárase responsable a la nación (Ministerio de Defensa Ejército Nacional) por la muerte del Sargento Viceprimero Lope Monsalve D. en hechos acaecidos en Bucaramanga el 4 de septiembre de 1.988.

b) Como consecuencia, se le condena a pagar a Clemencia Pantoja Buitrón de Monsalve, Gladys Norelly, Marlón Antonio, Luis Alejandro y Cristian Camilo, por concepto de perjuicios en el equivalente en pesos de 1.000 gramos oro para cada uno. Perjuicios estos de índole moral.

El valor del gramo oro lo certificará el Banco de la República a la fecha de ejecutoria de este fallo.

c) El pago deberá hacerse en los términos de los artículos 176 y 177 del c. c. a. y con los intereses allí señalados.

2) Deniéganse las demás súplicas de la demanda.

3) Expídanse las copias de la sentencias para su debido cumplimiento.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE.

Se deja constancia que esta providencia fue estudiada y aprobada por la sala en su sesión de fecha 6 de agosto de 1.992.

Daniel Suárez Hernández, Presidente Sala; *Carlos Betancur Jaramillo, Juan de Dios Montes Hernández, Julio César Uribe Acosta.*

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

REAJUSTE DE PRECIOS- Improcedencia / **CONTRATO A PRECIO FIJO /ANTICIPO**

En el contrato se estipuló que la obra se ejecutaba a precios fijos y las partes nada dijeron respecto de revisión de precios, posibilidad que tiene operancia a la luz de lo preceptuado en el artículo 86 del Decreto 222 de 1983. A ellos se agrega la especial circunstancia de que la administración pagó el anticipo, monto que no alcanzó a ser amortizado por el contratista; para el fallador ese dinero debió contribuir a aliviar los costos, pues no otra es la filosofía que lo explica. Frente a un anticipo sustancial y una ejecución muy lenta de los trabajos que por lo demás, fueron pagados en su oportunidad, no es fácil vivenciar en justicia un reajuste de los precios.

AJUSTE DE OBRA/ RECIBO DE OBRA/ LIQUIDACION DEL CONTRATO

El artículo 8o. de la Ley 19 de 1982 no es aplicable al caso, pues la hipótesis normativa recoge una realidad fáctica bien distinta. La norma se refiere a los casos de terminación unilateral por inconveniencia o inoportunidad del contrato: no a los ajustes de obra que a lo largo de su ejecución se acuerden máxime cuando en el caso en comento el contratista venía insistiendo que se liquidara la relación negocial . Firmada un acta de recibo de obra, a entera satisfacción, o una que recoja la liquidación del contrato o que amplía los plazos o haga la ampliación o reducción de la obra, debe estarse a ella. Si existen reservas, deben consignarse en el mismo documento, con el fin de dejar libre la vía para acudir a la jurisdicción.

HIPOTESIS DEL NO DERECHO

Se evidencia aquí un caso más del no derecho, que es la ausencia de éste en cierto número de relaciones humanas en que él tenía vocación teórica suficiente para estar presente. Saben las personas cómo deben ajustar la conducta a la normatividad vigente o convencional, pero proceden de manera diferente y contraria a lo ordenado. Suelen vivir como si el derecho no existiera. El no- derecho, está de un lado, y el derecho en el otro. Hay muchos largos días de no-derecho, pero solo algunos instantes de derecho. El no- derecho lo convierten en la esencia y el derecho en el accidente. Transitando por esa vía se busca la eliminación del juez al mismo tiempo que la ley. Se pactó entre las partes cuál era la conducta que se debía seguir en el evento de que en el curso del contrato fuera necesario ejecutar obras no previstas, pero no se procedió conforme a la cláusula negocial.

PRINCIPIO DE LA BUENA FE/ ACTO PROPIO

La buena fe, se enseña, implica un deber de comportamiento "que consiste en la necesidad de observar en el futuro la conducta que los actos anteriores hacían prever". "La buena fe que debe presidir el tránsito jurídico en general y la seriedad del procedimiento administrativo, imponen que la doctrina de los actos propios obliga al demandante a aceptar las consecuencias vinculantes que se desprenden de sus propios actos voluntarios y perfectos jurídicamente hablando, ya que aquella declaración de voluntad contiene un designio de alcance jurídico indudable, manifestando explícitamente, tal como se desprende del texto literal de la declaración, por lo que no es dable al actor desconocer, ahora, el efecto jurídico que se desprende de aquel acto.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera

Santafé de Bogotá, D.C., agosto trece (13) de mil novecientos noventa y dos (1992)

Consejero Ponente : *Doctor Julio César Uribe Acosta*

Referencia: Expediente N°. 6580 Actor : Eduardo Acevedo Laverde y/o. Demandado : Departamento de Santander.

-I-

Agotada la tramitación procesal de ley, sin que se observe causal de nulidad que vicie la actuación, procede la Sala a desatar el recurso de apelación interpuesto por el procurador judicial de la parte actora, contra la sentencia calendada el día doce (12) de diciembre de mil novecientos noventa (1.990), proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, en virtud de la cual se DENEGARON las prestaciones de la demanda, por las razones que se precisan en el referido proveído.

Para la mejor comprensión jurídica de todas las circunstancias legales, generales y particulares del caso, se transcribe a continuación lo pertinente del fallo, en el cual se razona judicialmente dentro del siguiente temperamento:

"Por conducto de una profesional del derecho debidamente habilitada para su representación judicial los ingenieros EDUARDO ACEVEDO LAVERDE y PEDRO JOSE SARMIENTO ROMERO, comparecen como actores ante este Tribunal indicando como parte demandada al departamento de Santander en procura de un pronunciamiento sobre las pretensiones que a continuación se resumen:

"1o. Declaratoria de nulidad de la resolución No. 3952 expedida el 7-07-88 mediante la cual el gobernador de Santander liquidó el contrato No. 164 de 1.985, así como de la resolución No. 7094 por medio de la cual se falló el recurso de reposición interpuesto contra el acto primeramente citado, dejándolo en firme . Pide, que consecuencialmente, se ordene una nueva liquidación en la que se incluyan nuevas bases integradas por sumas insolutas que corresponden a gastos efectuados por los contratistas demandantes , así como al monto de los perjuicios que les fueron causados por la terminación anticipada del referido convenio. Subsidiariamente pide, que el Tribunal señale las nuevas bases para una liquidación acorde a sus derechos.-

"Los fundamentos de hecho de las pretensiones se encuentran expuestos en forma pormenorizada en los folios 3 a 11 de la demanda debidamente enumerados. Pero en resumen, se concretan en la relación surgida entre las partes a raíz de la celebración del contrato No. 164 dentro del programa CAMINOS PARA LA PAZ, Zona del Magdalena Medio, construcción , de explanación, obras de drenaje, y afirmado en la transversal de Opón en el sector EL GUAMO - SERRANIA DE LOS COBARDES K86-48.-

"Afirma la demanda, que después del dispendioso trámite propio de los contratos de esa índole, la ejecución hubo de suspenderse como consta en acta del 4 de enero de 1.986, por causas ajenas a la parte contratista, las cuales subsistieron después de vencida la fecha en que debía

reanudarse , debido a que la vía de penetración permanecía intransitable, por lo que el consorcio conformado por los actores hubo de realizar los trabajos para lograr acceso al lugar de las obras, cuando tal actividad corría a cargo de la entidad contratante. Agrega, que no obstante tal anomalía, el Departamento a través de su interventor requirió al contratista para que cumpliera mas rápidamente con la ejecución de la obra, solicitud escrita que obtuvo respuesta en la misma forma, accediéndose a ella, aún subsistiendo enormes dificultades.

"Prosigue la demanda afirmando, que durante seis meses esta situación se mantuvo rodeada de reclamos y respuestas mutuas entre ambas partes, aduciéndose siempre retardos por parte del consorcio demandante, cuando la verdadera causa era la misma desde el comienzo de la obra, constituida por el difícil y a veces imposible acceso al lugar; que se agudizó con las excesivas lluvias. Anota, que a tantas dificultades de toda índole , para comienzos de 1.987 vino a sumarse la actividad de un grupo armado que se tomó el campamento obligando a los trabajadores de los contratistas a desalojarlo. Que el Departamento por fin otorgó una prórroga, de solo dos meses, la que debió ser aceptada por el consorcio por no existir mas alternativas, para evitar mayores perjuicios económicos. Continúa la demanda agregando una serie de justificaciones a los retardos que ocurrieron, como que de los actores hubo diversas solicitudes para ampliar el plazo ante la imposibilidad de cumplir los compromisos adquiridos. Asevera, que la Administración respondió con una modificación unilateral que impuso, según acta del primero de julio de 1.987, en la que se aumentaron las cantidades de obras señalándose como plazo para su entrega hasta el 15 de octubre del mismo año; en la práctica contra la voluntad de los actores , culmina la demanda afirmando, que unilateralmente se liquidó el contrato mediante los actos impugnados, en los que no sólo se desconocen derechos a indemnizaciones, cuando ocurre la terminación unilateral del contrato, sino que, se determinan sumas pagaderas a su cargo, las que carecen de todo fundamento."...

"PARA RESOLVER SE CONSIDERA.

"El análisis de las pruebas que acaban de enumerarse, en consonancia con las disposiciones que la demanda invoca como transgredidas y atendiendo tanto los aspectos de su inconformidad con las actuaciones de la Administración así como sus pedimentos, permiten a la Sala expresar lo siguiente:

" I:_ Sea lo primero advertir , que por tratarse del debate de actos administrativos eminentemente propios de la etapa contractual, la acción ejercida en este caso es la prevista por el Código Contencioso Administrativo en su artículo 87 inciso primero. En efecto , con prescindencia de la manera como la demanda invoca el derecho a

accionar, fundada en el artículo 85, lo cierto es que , por ser los actores partes de un contrato administrativo, y por demandar la nulidad de los actos liquidatorios del mismo, la acción indicada es la contractual, sin que la posible impropiedad afecte para nada la validez del libelo introductorio ya que es al juzgador a quien corresponde ordenar el trámite adecuado a cada demanda, requisito que se cumplió al proferirse el auto admisorio de la misma en el que se ordenó la fijación para los efectos en el artículo 217 numeral 2o.) del C.C.A.-

"II.- En cuanto a la falta de agotamiento de la vía gubernativa, que la señora apoderada del Departamento plantea como excepción que impediría un pronunciamiento de mérito , la Sala encuentra carente de fundamento este medio defensivo. Basta observar que frente a la Resolución No. 3952 del 7 de julio de 1.988, se interpuso el único recurso posible que era el de reposición , como aparece en los folios 154 a 163 del cuaderno principal, recurso que fue fallado de fondo mediante la Resolución No. 7094 del primero de diciembre del mismo año, con lo cual , se cumplió a cabalidad el presupuesto exigido por el C.C.A. en su artículo 135 numeral 1o. Ahora bien; la finalidad que persigue esta norma al exigir el agotamiento de la vía gubernativa, es procurar a la Administración una oportunidad para corregir sus posibles errores, antes de someter sus actos al control de otra rama del poder público. Cree la Sala que tal finalidad se cumple con el ejercicio del recurso que expresa el descontento y la inconformidad frente a la decisión de las autoridades. Pero en manera alguna contempla el Código la obligación de aducir en esa etapa todos los argumentos posibles para impugnar los actos . Es esto tan cierto, que para su ejercicio no se precisa el título de abogado, como que puede interponer los recursos directamente la persona afectada por el acto. Y queda así abierta para la vía de acción la posibilidad de proponer otros argumentos para mejorar los iniciales. No se podría-según la doctrina - introducir nuevas pretensiones.

" III.- En lo concerniente a la legalidad de los actos impugnados, la Sala encuentra que desde el punto de vista del procedimiento seguido por el Departamento para declarar la liquidación del contrato, las resoluciones acusadas se ajustan al trámite previsto por el decreto 222 de 1.983, tal como se estipuló en la cláusula vigésima primera de la minuta .

"Hubo incluso retardo en producirse la liquidación , pues el plazo que doctrinariamente se ha señalado en seis meses se excedió considerablemente. Se advirtió que la prórroga para la entrega de la obra fue hasta el 15 de octubre de 1.987 - según acta del primero de julio de ese año-. Consecuentemente, el 16 de abril debía haberse efectuado la liquidación . Este retraso no lo alega la demanda; pero tampoco alcanza a invalidar el acto liquidatorio. Daría lugar solamente

a la indemnización de perjuicios , los cuales pueden ser reclamados ante esta jurisdicción , como lo señala el H. Consejo de Estado en fallo del 11 de diciembre de 1.989, con ponencia del H. Consejero Dr. Gustavo de Greiff Restrepo, cuya parte pertinente aparece publicada en los Extractos de Jurisprudencia , Tomo VI, Pgs. 293 y siguientes . De otra parte, como en la liquidación resulta es un saldo a cargo del consorcio contratista, en manera alguna se presume que la demora en efectuar el cobro en favor del Departamento pudo acarrearle perjuicios.

"IV.- Examinando ahora la Sala el contenido de los actos impugnados y el resto del material probatorio contenido en la prueba documental que se reseñó, se adquiere la certeza sobre el cúmulo de dificultades que hubo de soportar desde un comienzo la parte contratista para cumplir a cabalidad el objeto del contrato dentro del plazo señalado. Pero también se llega a la convicción , de que tales vicisitudes en manera alguna constituyen fuerza mayor capaz de exonerar de responsabilidad por el incumplimiento de las obligaciones pactadas.-

"Según el contrato mismo - Cláusula VIGESIMA CUARTA, forman parte de él , a más de otros documentos, el PLIEGO DE CONDICIONES. Y es suficiente una lectura a dicho pliego contenido en el cuaderno No. 4, para concluir , que era una obligación de los proponentes "visitar e inspeccionar las zonas de las obras para investigar la posibilidad de materiales de construcción , mano de obra y de manera especial la fuente de abastecimiento para su explotación. El Hecho de que los proponentes no se familiaricen debidamente con los detalles y condiciones bajo las cuales serán ejecutados los trabajos , no se considerará como excusa válida para posteriores reclamaciones. El certificado de visita se dará únicamente a Ingeniero Civil o de vías ; el cual solo será expedido al Ingeniero que vaya en representación de una sola persona natural o jurídica ". (Fl. 11 No. 1.3.)

"En las condiciones descritas, es evidente que el Departamento desde un comienzo y mediante mecanismos válidos procuró evitarse futuros problemas con el posible adjudicatario del contrato. Implementó el pliego de condiciones de tal manera, que quien compareciera como oferente a la licitación contará con los elementos de juicio suficientes sobre las características del terreno. Por ello exigió para el visitante la calidad de ingeniero, para que más tarde no pudiesen alegarse vicios ocultos que podrían pasar desaparecidos para personas inexpertas.-

"Así las cosas, las Sala estima que aún demostradas como se hallan, la cantidad de dificultades sufridas por los contratistas para el transporte de materiales y para el tránsito de su maquinaria ,dichos obstáculos no los exoneraban de las obligaciones que voluntariamente y a sabiendas adquirieron al suscribir el contrato.

" V.- Debe agregarse a lo ya expuesto , y en lo tocante a pagos por trabajos extras que la demanda impetra, que en el PLIEGO DE CONDICIONES - Fl. 21 No. II- 7 estaba previsto lo siguiente:

"Si en el análisis de precios unitarios se hubieren omitido materiales y/ o costos secundarios, se mantendría el precio propuesto sin posibilidad de reclamos para ajustes posteriores. La misma advertencia aparece en el folio 26 No. II. 15, lo cual indica que, en principio y sin autorización de interventor o de la entidad contratante no podía el consorcio esperar mayores pagos como reconocimiento a trabajos extras. Y no puede mantener mejores expectativas en esta instancia, cuando el mismo interventor Ingeniero Francisco Guarín Villamizar en su declaración - Fl. 293- asevera que, los puentes provisionales en madera construidos por el contratista, no contaron con su autorización escrita ni verbal, ya que en ningún momento hubo solicitud en tal sentido.

"VI.- A las razones antes expuestas encuentran la Sala que debe aunarse,para mantener intangible la liquidación adoptada por el departamento, la que atañe con la previsión contenida en el folio 32 del *Pliego de Condiciones* No. II. 29. Allí se estipula claramente qué acontecimientos constituyen fuerza mayor, a manera de ejemplos se describen algunos. Pero se excluyen como tales, las suspensiones ocasionadas por las lluvias, derrumbes en la vía de acceso o demoras en la adquisición de equipos y elementos, así como el daño de los mismos, lo que tampoco darían lugar a la ampliación del plazo.

"Se repite entonces , que si el contrato se celebró partiendo de estas condiciones acordadas por las partes, ya que el pliego de condiciones es parte integral del mismo, mal puede con posterioridad a su perfeccionamiento venir el consorcio a pedir la nulidad de la liquidación que estuvo determinada por su incumplimiento causado precisamente por esas circunstancias que se advirtió no constituyen fuerza mayor ni confieren derecho a prórroga del término señalado para la entrega de las obras.-

"En el mismo orden, se reitera que a pesar de ser ciertos los tropiezos que tuvo el consorcio para cumplir el objeto del contrato en el plazo señalado, estos inconvenientes no son justificativos del retardo y no pueden exonerarlo de las obligaciones adquiridas en virtud del mismo. De conformidad con las prevenciones contenidas en el mencionado pliego de condiciones fue como el Departamento desestimó sistemáticamente los reclamos de los contratistas y sus requerimientos en procura de una prórroga.

"Es más ; la Sala encuentra que en verdad pudo ocurrir un rompimiento del equilibrio financiero. Que seguramente el consorcio dejó de ganar

las sumas que lo determinaron a comprometerse en la ejecución de la obra. Pero aún siendo ello cierto, el Departamento no estaba legalmente obligado ni a conceder nuevos plazos ni a reconocer pagos excedentes por conceptos de recargos en los costos y por trabajos extras. Aún admitiendo que la causa que determina la celebración del contrato es el ánimo de lucro, el interés por la ganancia, y que en el caso de estudio posiblemente los contratistas no tuvieron éxito económico en su cometido, no debe olvidarse que el quebrantamiento de la ecuación financiera solo da lugar a revisión o al replanteamiento de los términos , cuando los hechos que han colocado al contratista en una situación mas desfavorable que la existente al momento de contratar, constituyen fuerza mayor o caso fortuito.-

"Sobre el tema ha dicho el H. Consejo de Estado:

"Si circunstancias extraordinarias e imprevistas entorpecen la obtención de ese beneficio porque hacen más oneroso el cumplimiento de la obligación, el contratista no se exonera de cumplir (el interés general impone ese cumplimiento) pero si puede pedir a la administración la revisión el contrato en sus términos económicos . De no aceptarse esta solución se rompería el principio de la igualdad frente a las cargas públicas."

"Y más adelante agrega:

"Pero ese acontecimiento excepcional que rompe el equilibrio financiero del contrato debe ser en un todo ajeno a la voluntad de las partes; y por ende , no ha debido entrar en las previsiones normales que tuvieron en cuenta al celebrar el contrato". (Sentencia del 8-IV/88. Jurisprudencia y Doctrina).

"El caso de que ahora se ocupa la Sala , no permite válidamente admitir que las dificultades presentadas por lo inaccesible de la vía al sitio de la obra y por el tiempo excesivamente lluvioso fuesen excepcionales e imprevisibles, ya que como se anotó , en el Pliego de Condiciones anteladamente se había advertido que tales inconvenientes no constituirían eximentes de responsabilidad para el cumplimiento de lo pactado. Dicho de otra manera, el consorcio se obligó corriendo unos riesgos, que acaecidos no pueden calificarse de imprevisibles ni ajenos a su voluntad. Sabía que ellos no configuraban causales de fuerza mayor y a tal estipulación debe atenerse.-

" VII.- A costa de hacerse el fallo un tanto extenso, pero en aras de dar cumplimiento a lo preceptuado por el C.C.A. en su artículo 170 a fin de no dejar sin examen ninguna de las cuestiones propuestas por la demanda, la Sala estima procedente acotar , que no es tampoco la falsa motivación

usual que pudiese afectar la validez de las resoluciones impugnadas. La parte considerativa de las mismas encuentra pleno respaldo a lo largo y ancho del proceso. Hubo desde un comienzo atraso en las obras por parte del consorcio.-

"Sobre estas demoras constitutivas de incumplimiento son uniformes las versiones de quienes declararon en el proceso. En cambio, nada precisaron tales versiones en relación con los problemas de orden público. Se sabe que en la región la guerrilla actúa como en otros sitios del país. Pero ya se dijo al reseñar tales probanzas, no hay un solo dicho que respalde los hechos narrados en la demanda sobre la actuación de la guerrilla, y que aparece en el folio 173, No. 3.27., que de haberse probado sí podrían calificarse de fuerza mayor.-

"VIII.- Por último , cree necesario la Sala efectuar un somero análisis sobre la naturaleza y validez del acta levantada el primero de julio de 1.987, mediante la cual se modificó el contrato tanto en el plazo como en la cantidad de obra. La demanda aduce que tal acta no contiene una decisión tomada de común acuerdo, ya que el Departamento impuso su voluntad. Sin embargo, de haberse dado esta circunstancia, ella ha debido debatirse en la etapa administrativa a fin de que se hubiese surtido el trámite previsto por el decreto 222 de 1.983 en su artículo 21 inciso segundo, lo cual habría permitido frente a la decisión unilateral , ejercerse el recurso de reposición con la posibilidad de recurrir el resultado por vía de acción como lo preceptúa la misma norma.

"En la forma como quedó plasmado el acuerdo, que debe presumirse también válido como todo acto de la Administración , resulta ilusorio calificarlo de imposición, ya que el acta contentiva del mismo , por estar firmada y sellada por funcionarios públicos constituye un documento público que hace fe de su contenido según lo establece el Código de Procedimiento Civil en sus artículos 251 y 264. Ha debido oportunamente el consorcio " hacer las salvedades pertinentes, para que no se pueda alegar después que viene contra sus propios actos". Así se pronuncia el H. Consejo de Estado en fallo del 17-V-90 con ponencia del H. Consejero Julio César Uribe , publicado en "Jurisprudencia y Doctrina" del mes pasado, señalando como Administración y contratista pueden aceptar - aquella el recibo de la obra defectuosa o tardíamente, para evitar mayores males; y por su parte éste - el contratista- admitir el cumplimiento tardío de la Administración ; pero claro está, dejando las constancias de lo ocurrido.-

"En el caso de estudio no hay siquiera prueba iniciaría sobre el desacuerdo o inconformidad de los contratistas respecto a la modificación del contrato. Objetivamente aparece que, de común acuerdo se efectuaron las variaciones consignadas en el acta fechada el primero de julio de

1.987, como lo permite también el decreto 222 de 1.983 en su artículo 21 inciso segundo ". (fls. 367 - 387 C. No. 1).

-II-

SUSTENTACION DEL RECURSO

A folios 389 y siguientes del cuaderno No. 1, obra el escrito en que el mandatario judicial del consorcio demandante hace sus valoraciones de naturaleza jurídica y fáctica, orientadas a defender la perspectiva desde la cual él ha estudiado el caso , para lo cual discurre dentro del siguiente temperamento:

"La sentencia impugnada rechaza las pretensiones de la demanda, con base en argumentos inaceptables como se verá en la segunda instancia y como se plantean sucintamente (sic) en esta fundamentación:

"Las pretensiones de la demanda se basaban en los hechos cuya probanza se verificó de manera suficiente y en casos reiterativa y abundante como el mismo Tribunal lo reconoce en apartes de la sentencia.

"La violación de las normas especiales para la validez de las sentencias.

" - La sentencia viola ostensiblemente el artículo 187 del Código de Procedimiento Civil que impone al juzgador la obligación de exponer razonadamente el mérito que asiste a cada prueba.

"- También vulnera ostensiblemente el artículo 170 del Código Contencioso Administrativo, especialmente porque

"1.) no analizó las pruebas en su conjunto,

"2.) no se refirió a todos los argumentos jurídicos expuestos por la parte demandante, y

"3.) guardó silencio total sobre cuestiones importantes alegadas y probadas por la parte demandante como se verá.

"Señalo los siguientes ejemplos para ilustración del H. Consejo de Estado:

"1.- El juzgador de primera instancia, (página 7 numeral 3 del sentencia) (sic) expresando de manera por demás ligera, que no era fácil considerar las pruebas aportadas por no estar ordenadas cronológicamente según su deseo (lo cual es un requisito nuevo que la ley no exige), optó por no apreciar debidamente la prueba documental aportada por los demandantes la cual sustenta muchos de los hechos para los cuales la

sentencia hecha (sic) de menos prueba testimonial o ignora hechos alegados (problema con la guerrilla, p.e. órdenes de trabajo separadas para construir el tramo anterior al de ejecución de las obras, etc.).

" 2.- Así mismo ignora los efectos de la documentación y de los testimonios que sirven de prueba reiterativa de las dificultades de los demandantes para tener un acceso a las obras por circunstancias ocurridas con posterioridad a la fecha de visita e inspección a las zonas (sic) de las obras, (incumplimiento posterior de OTRO contratista que debía ejecutar el tramo que antecedía a la obra de los demandantes en la ejecución de los respectivos trabajos) y otras circunstancias (de orden público, de lluvias inmoderadas, dificultades geográficas, etc.) ocurridas en el desarrollo del contrato que se limita apenas a mencionarlas escuetamente - solo algunas - aduciendo de algunas que son los riesgos asumidos por EL CONTRATISTA, de otras que no se encuentran suficientemente probados y de otras simplemente guarda silencio, en todo el texto de la providencia, sobre todo, en mi parecer de las más relevantes para la litis.

"3.- Ignora además el hecho probado documental y testimonialmente que la ejecución del contrato no convenía a los intereses del Gobierno porque después de iniciadas las obras se generó un gran debate de carácter ecológico sobre la afectación de la Serranía de los Cobardes por la obra de la carretera y cómo un Gobernador se comprometió públicamente a no continuar la ejecución de la obra contratada. Sobre este aspecto que podría haber considerado como circunstancia de fuerza mayor que obligaba a la entidad a la terminación del contrato y por tanto generadora de indemnización de perjuicios a favor de los contratistas como se reconoce en la teoría que la sentencia aporta, el Juzgador prefiere guardar silencio absoluto.

"4.- La lectura de la sentencia evidencia que el Juzgador conoce los documentos del demandante que reiteradamente muestran las graves dificultades que sufrió el demandante por circunstancias no atribuibles a este , y sin embargo a estos eventos no les concede ningún efecto en la sentencia . Se limita a decir que el haber exigido el Pliego a los proponentes conocer el sitio de las obras es suficiente para que las facultades que soportaron no tengan ningún efecto, no puedan ser consideradas como de fuerza mayor ni dieran derecho a prórrogas del contrato. Desconoce asimismo los efectos de los actos de suspensión de la obra por falta de accesos suscritas por ambas partes.

"5.- La sentencia también en contradicción :

"Si bien el juzgador en el análisis de las excepciones acepta mi tesis de que el recurso de reposición no era requisito necesario para demandar,

en el análisis de las pruebas y concretamente del acta levantada el 1o. de julio de 1.987, rechaza la acusación de unilateralidad del acto exigiendo el requisito del recurso de reposición para actuar judicialmente contra tal acto, lo cual no es lógico. Aquí ni siquiera menciona la prueba testimonial sobre el acto de la firma del acuerdo o acta del 1o. de julio de 1987 y las manifestaciones de los propios funcionarios sobres los acontecimientos que rodearon el *sui generis* "acuerdo".

" 6.- Así mismo la sentencia carece de congruencia puesto que de un lado rechaza como plena prueba documental antecedente presentada por la demandante sobre los términos de la posible terminación del contrato y su inconformidad con lo establecido en el dicho acto unilateral de julio 1o. de 1.987, porque , según el fallador, carece de la firma de uno de los funcionarios, pero acepta que está firmada por los demandantes y por el propio interventor de la obra y aduce luego que no hubo prueba siquiera indiciaria de tal inconformidad de los demandantes, con el último acto suscrito al cual sí da plenos efectos considerándolo individualmente, al desconectarlo de todos sus antecedentes de hecho.

"La violación en la sentencia de las normas atrás mencionadas por falta de apreciación de las pruebas en su conjunto es evidente.

" 7.- Tampoco, se pronuncia sobre los argumentos jurídicos que expuse sobre la invalidez de la supuesta transacción conforme a las reglas del Código Civil.

"Con todo el respeto que me merece la administración de justicia, la sentencia parece más bien un alegato de parte que un análisis ecuánime e imparcial de los elementos de prueba obrantes en el proceso. Por las razones expuestas solicito al Honorable Consejo de Estado , por la vía de la apelación, se sirva revocar la sentencia apelada, analizar las pruebas aportadas en el proceso los argumentos expuestos por la parte demandante y fallar en consecuencia.".

-III-

VISTA FISCAL

El Fiscal Décimo de la Corporación, Dr. FERNANDO OSPINA HENAO, en su concepto de fondo, *OBSERVA*:

"CONSIDERACIONES:

" La inconformidad de la representante judicial de los demandantes con las providencias recurridas, consiste en que el Tribunal no apreció

debidamente la prueba documental y testimonial aportada al proceso, especialmente la relación con las dificultades para tener acceso a la obra , el orden público, los derrumbes, las lluvias y otras, como el pago de faltantes, el porcentaje de A.I.U., la imposición de un acta de acuerdo y la liquidación unilateral del contrato.

"El acervo probatorio arrimado al proceso demuestra que la Administración se ajustó a derecho al expedir los actos impugnados. Si bien es verdad que el acceso al lugar de la obra era difícil, no es menos cierto que los contratistas tuvieron ocasión de conocer las condiciones topográficas de la zona y demás detalles bajo los cuales serían ejecutados los trabajos, tal como lo declararon en la presentación de la propuesta que obra a folio 18 del C. 3 y como lo certificó el Ing. Interventor a folio 48 del Cuaderno 5.

"Los contratistas , además, se comprometieron a ejecutar las cantidades de obra estipuladas a precios unitarios fijos, de acuerdo con los numerales II. 7 y II. 15 del pliego de condiciones (Cuaderno No. 4) y con la cláusula quinta del contrato (folio 53 C. 1) . Mal podían, entonces, reclamar el reembolso de lo invertido en puentes, equipo y mano de obra para adecuar el acceso, cuando ni el pliego de condiciones, ni el contrato se estipuló ese tipo de inversiones.

" La toma guerrillera, los derrumbes y las lluvias que pudieron afectar el buen suceso de la obra , fueron hechos no demostrados por los actores. Sin embargo, el pliego de condiciones contempló que "Las suspensiones debidas a lluvias o derrumbes , en las vías de acceso..... o condiciones de ocurrencia común en la ejecución del contrato.... no se considerarán como situaciones de fuerza mayor y no darán lugar a ampliación del plazo." (numeral II. 29 C.4).

"Respecto al Acta de Acuerdo suscrita entre las partes en julio 1o. de 1987 (f. 69 C. 3), destaca esta Fiscalía que el acuerdo no fue impuesto por la Administración , ni modificó en lo sustancial el proyecto inicial. (folio 85 C. 3). El pacto en ella consignado expresa la voluntad de las partes de modificar las cantidades de obra , "por mutua conveniencia desde el punto de vista económico y técnico. " En el citado documento, ni en las once actas de recibido de obras, (folio 9, 13, 21, 27, 56, 95, 113, 131, 214, 217 C. 6) se hicieron reservas, ni se dejaron constancias de desacuerdo. Por eso resulta insólito reclamar faltantes o el porcentaje A.I.U. por obras que no se ejecutaron, por qué fueron reducidas en el acuerdo o no fueron autorizadas por la interventoría.

"En cuanto dice relación con la liquidación unilateral del contrato, la administración no hizo nada distinto a aplicar el artículo 422 de la Ordenanza No. 10 de 1.987, que faculta el Gobernador del Departamento

de Santander para liquidar los contratos mediante resolución motivada cuando no hubiere acuerdo entre las partes.

"Consta en el informativo que la Administración puso todo el empeño para que el consorcio superara los obstáculos que dificultaban el acceso al sitio de la obra , mediante órdenes de trabajo que aparecen a folios 44 a 47 del Cuaderno No. 1. La conducta de la Administración frente al comportamiento moroso del Consorcio, da fe de su afán porque el contrato se ejecutara dentro de las pautas previstas , sin apremios legales. No obstante las llamadas frecuentes de atención por parte de la Interventoría para que se agilizaran las obras, no fue posible que los contratistas se pusieran a tono con el programa de trabajo e inversiones.

"El 14 de mayo de 1986 la Intervención se queja por el bajo rendimiento de las obras , "debería haberse ejecutado el 10% y se tiene sólo una inversión del 1% (folio 81 C. 3). En septiembre 24 de 1986 la interventoría le llama la atención al consorcio por el atraso de los trabajos y señala como causas la falta de equipo, la falta de organización y financiación de los trabajos y la demora en la construcción de las obras de arte. (folio 80 C. 3).

"El 20 de enero de 1987, la Interventoría previene a los contratistas con aplicarles sanciones por el poco avance de las obras. (folios 92 C. 1).

"El 18 de marzo de 1987, la Interventoría urge a los contratistas para que mantengan el personal necesario y para que el Ingeniero residente permanezca más tiempo en la obra .(folio 113 C. 1).

"De modo que el oficio dirigido por el Interventor al Consorcio el 19 de mayo de 1988 (folio 151 C.1) , no es nada distinto a la motivación contenida en los actos administrativos demandados.

"Para la Fiscalía no hay espacio para la duda en el sentido de que los demandantes no pudieron desvirtuar la presunción de legalidad y de veracidad que informa los actos administrativos atacados.

En efecto, la obra contratada debía iniciarse el 27 de enero de 1986 y entregarse el- 27 de enero de 1987. Una suspensión (folio 3 C. 6) y una prórroga (folio 52 C. 1) , aplazaron su entrega hasta el 17 de mayo de 1.987. Para esta época no había sido posible que el consorcio culminara los trabajos encomendados, razón por la cual se suscribió el 1o. de julio 1987 el Acta de Acuerdo, mediante la cual se redujeron las cantidades de obra y se dispuso como fecha límite de entrega el 15 de octubre de 1.987. (folio 69 C. 3) ratificada en el Contrato Adicional No. 2 de julio 15 de 1987 (folio 43 C. 7). El agotamiento del plazo hizo que 8 meses y 22 días después, la Gobernación del Departamento

de Santander produjera la resolución impugnada, mediante la cual se liquidó el contrato No. 164 de 1.985.

"Hubo , pues, complacencia por parte de la Administración frente a la posición negativa y negligente de los contratistas, pues ante la incapacidad técnica y financiera que acusó el consorcio, ha debido declarar la caducidad del contrato antes del primer vencimiento del plazo , sin permitir que las evasivas y los continuos reclamos del consorcio hicieran más difícil y complicada la relación negocial.

"Entiende esta agencia fiscal que la Administración hubiera sido tolerante con los contratistas. Lo que no explica es por qué se suscribió el 1o. de julio de 1987 el Acta De Acuerdo , cuando mes y medio había vencido la prórroga del plazo convenido en el Contrato Adicional No. 1 de octubre de 1.985.

"Por lo expuesto, esta Fiscalía se permite recomendar a la Honorable Sala que se confirme el fallo apelado."(fls. 419- 422 Cdno No. 1).

-IV-

CONSIDERACIONES DE LA SALA

A) En el caso *sub-exámine* quedaron demostradas las siguientes circunstancias particulares del caso:

PRIMERA: Que el día ocho (8) de octubre de mil novecientos ochenta y cinco (1.985), el Departamento de Santander y el CONSORCIO EDUARDO ACEVEDO LAVERDE - PEDRO JOSE SARMIENTO ROMERO, suscribieron el contrato No. 164, el cual tenía por objeto la ejecución , por parte del CONTRATISTA, a PRECIOS UNITARIOS FIJOS, de todas "... las obras para la Construcción de Explanación , Obras de Drenaje y afirmado de la Transversal de Opón Sector el Guamo- Serranía de los Cobardes (K86+000 al K 48+000) , de acuerdo con los planos y especificaciones suministrados por el Departamento de Santander y bajo las condiciones estipuladas ....", en el mismo. EL PLAZO se acordó en doce (12) meses que empezaban a correr a partir del Acta de Iniciación de las obras. EL VALOR DEL CONTRATO se fijó en la suma de CIENTO SETENTA Y TRES MILLONES SEISCIENTOS NOVENTA Y NUEVE MIL SETECIENTOS OCHENTA PESOS CON ONCE CENTAVOS ($173'699.780.11) , como se lee en la cláusula tercera del referido acto jurídico;

SEGUNDA. Que el anterior contrato quedó debidamente legalizado el día veintidós (22) de enero de 1.986, momento en el tiempo físico en que el Tribunal Administrativo de Santander le impartió su aprobación, habiendo sido prorrogado en dos oportunidades: la primera, el día primero (1o.) de

abril de mil novecientos ochenta y siete (1987), hasta el día diecisiete (17) de mayo de mil novecientos ochenta y siete (1.987), y la segunda , el día quince (15) de julio de mil novecientos ochenta y siete (1987), hasta el día quince (15) de octubre de mil novecientos ochenta y siete (1.987):

TERCERA. Que el día dos (2) de Julio de mil novecientos ochenta y siete (1.987), las partes suscribieron el ACTA DE ACUERDO que obra al folio 69 del Cuaderno No. 3, en el cual y en lo sustancial se lee:

"En Bucaramanga a Primero (1o.) de Julio de Mil novecientos ochenta y siete (1.987), siendo las 5.30 P.M nos reunimos en el despacho de la Secretaría de Obras Públicas los Ingenieros : Doctor ROQUE ANTONIO BALLESTEROS VEGA, Secretario de Obras Públicas ; PEDRO JOSE SARMIENTO ROMERO, EDUARDO ACEVEDO LAVERDE, representante legales del Consorcio EDUARDO ACEVEDO LAVERDE- PEDRO JOSE SARMIENTO ROMERO, Contratistas, GUSTAVO PALENCIA BUITRAGO, Jefe de Interventoría y FRANCISCO GUARIN VILLARREAL, Interventor de la obra y acordamos los siguientes puntos:

"1.- Por mutua conveniencia de las partes desde el punto de vista económico y técnico, se reducen las cantidades de obra del contrato número 164 de 1.985.

"2.- Las cantidades de obra modificadas que se relacionan en anexo, que forma parte integral de esta orden, para todos los efectos legales, estarán sujetas a lo acordado entre las partes en lo siguiente:

"a) El movimiento de tierra será el resultante de la explanación hasta el corregimiento de la ARAGUA; además en él se debe incluir la construcción de la variante para el cruce de la Quebrada "LA VERDE" en el K 24+ 210.

"b) Las obras de drenaje se construirán hasta completar las cantidades contratadas. Se deja constancia que se construirán únicamente alcantarillas de 036", que se encuentran relacionadas en el contrato principal.

"c) El afirmado se construirá en los sitios donde se haga necesario, hasta la abscisa donde queden construidas las obras de drenaje.

" d) El departamento cancelará la obra ejecutada por remoción de derrumbes y sobre acarreo de materiales provenientes de la explanación con bulldozer; previo concepto del Ingeniero Interventor. La forma de pago será la que fije el Departamento de acuerdo a su régimen de contratación y las normas establecidas para tal fin.

" 3.- El Departamento autorizó una prórroga del contrato, hasta el quince (15) de Octubre del año en curso, con el fin que se realicen las obras antes mencionadas. El plazo para la legalización del contrato adicional de prórroga , se estableció en un término máximo de veinte (20) días calendarios.

" Una vez terminadas las obras se procederá de común acuerdo a la liquidación total del contrato.

" La presente acta se entiende incorporada al contrato, para todos los fines legales renunciando a cualquier reclamación legal y se firma por los que en ella intervinimos , una vez leída y aprobada, en Bucaramanga, a los dos (2) días de julio de mil novecientos ochenta y siete (1.987)."

CUARTA: Que el día quince (15) de enero de mil novecientos ochenta y ocho (1.988), la administración suscribió el ACTA DE LIQUIDACION del contrato que envió al Consorcio y que éste no quiso suscribir, (C 3, fol. 2), en la cual , y bajo el rubro "RELACION Y BALANCE ", se lee:

"VALOR ACTA No. 01...	$ 9.209.640,01
"VALOR ACTA No. 02...	$ 4.791.696,48
"VALOR ACTA No. 03...	$ 17.250.759,63
"VALOR ACTA No. 04...	$ 6.754.653,61
"VALOR ACTA No. 05...	$11.991.540,38
"VALOR ACTA No. 06...	$13.998.160,11
"VALOR ACTA No. 07...	$14.111.790,46
"VALOR ACTA No. 08...	$ 4.496.872,64
"VALOR ACTA No. 09...	$ 13.019.860,12
"VALOR ACTA No. 10...	$ 8.595.491,69
"VALOR ACTA No. 11...	$ 485.848,49
"VALOR TOTAL DEL CONTRATO.....	$173'699.780,oo
"SALDO A FAVOR DEL DEPARTAMENTO.	$68.993.466,38
"SUMAS IGUALES.....	$173'699.780,oo $173'699.780,oo

"ANTICIPO AMORTIZADO HASTA EL		
ACTA No. 10...	$10.422.046,51	
"VALOR ACTA No. 11		
(PARA AMORTIZAR ANTICIPO)	$485.848,49	
"VALOR ANTICIPO		$17'369.978,oo
"VALOR A DEVOLVER POR		
PARTE DEL CONTRATISTA		
POR ANTICIPO NO AMORTIZADO		$ 6.462.083,oo
SUMAS IGUALES...	$17.369.978,oo	$17'369.978,oo".

QUINTA. Que el CONSORCIO, a su turno, redactó a su gusto una nueva ACTA DE LIQUIDACION, del contrato , la cual envió (C3, fol.4 y ss.ss.), a la Gobernación del Departamento de Santander , en la cual aparece un saldo a cargo de éste por la suma de SETENTA Y DOS MILLONES SEISCIENTOS DOCE MIL OCHOCIENTOS OCHENTA Y SEIS PESOS CON SESENTA Y CINCO CENTAVOS ($12.612.886,65). En ella, y bajo la referencia: "VALORES ANEXO 1: Adecuados al Consorcio : Eduardo Acevedo Laverde Pedro J Sarmiento Romero , se precisa:

"1) Faltante Acta No. 2	$ 1.294.977.39
"2) Valor puentes de madera	$ 1.421.000
"3) 25% A.I.U. sobre 68.993.466.40	$17.248.366.50
"4)Vr. Equipo utilizado en vía acceso	$ 1.531.500
"5) Perjuicios en el Transporte equipo	$ 8.450.000
"6) Horas trabajadas de Bulldozer D85E	511.000.oo

"7) Reajuste Hasta Febrero 28/88	$48.618.125.76
"SUMA ANEXO 1	$79.074.969.65

"RELACION VALOR ADECUADO AL CONSORCIO

"ANEXO No. 1	$79.074.969.65	
"VALOR ACTA No. 11	485.848.49	
"Devolución parte anticipo por parte del Consorcio		$6.947.931.49
"SALDO A FAVOR DEL CONSORCIO EDUARDO ACEVEDO LAVERDE PEDRO J. SARMIENTO R. ADEUDADO POR LA GOBERNACION		72.612.886.65
"SUMAS IGUALES	$79.560.818.14	79.560.818.14."

SEXTA. Que el día siete (7) de julio de mil novecientos ochenta y ocho (1.988), el señor Gobernador del Departamento de Santander, por resolución No. 3952 de esa fecha, procedió a liquidar el Contrato No. 164 de 1.985, resultando un saldo a cargo del CONSORCIO por la suma de SEIS MILLONES CUATROCIENTOS SESENTA Y DOS MIL OCHENTA Y TRES PESOS ($6.462.083.oo) moneda corriente. En los considerandos del citado acto administrativo, se lee:

"a) Que el DEPARTAMENTO DE SANTANDER suscribió con el CONSORCIO EDUARDO ACEVEDO LAVERDE PEDRO JOSE SARMIENTO ROMERO, el contrato Número 164 de 1985 para la Construcción de Explanación. Obras de Drenaje y Afirmado de la Transversal del Opón Sector El Guamo - Serranía de los Cobardes (K 86+000 al K 48+000) por valor de CIENTO SETENTA Y TRES MILLONES SEISCIENTOS NOVENTA Y NUEVE MIL

SETECIENTOS OCHENTA PESOS ($173'699.780.00) M/CTE., y por un plazo de doce (12) meses contados a partir del Acta de iniciación de obra.

"b) Que el contrato quedó debidamente legalizado a 22 de Enero de 1986, por ser esta la fecha de aprobación en sala según el Acta No. 002 Providencia del Tribunal Contencioso Administrativo de Santander.

" c) Que se procedió a suspender el término del Contrato mediante Acta de fecha 27 de Enero de 1986.

" d) Que a 17 de Marzo de 1986 se procedió a dar inicio a la ejecución de las obras mediante Acta, donde se hizo una relación del equipo.

" e) Que se suscribió Contrato Adicional Número 1 al principal prorrogándose el plazo hasta el diez y siete (17) de mayo de 1987.

"f) Que a primero (1o.) de julio de Mil Novecientos Ochenta y siete (1987) se firmó un Acta de acuerdo, donde por mutua conveniencia de las partes desde el punto de vista económico y técnico se reducen las cantidades de obra del Contrato, para dar un valor total a ejecutar por la suma de CIENTO CUATRO MILLONES SETECIENTOS SEIS MIL TRESCIENTOS TRECE PESOS CON SESENTA Y DOS CENTAVOS ($104.706.313.62) M/CTE.

"g) Que se suscribió Contrato Adicional Número 2 al Principal donde se autoriza una nueva prórroga hasta el quince (15) de Octubre de 1987.

" h) Que a los trece (13) días del mes de julio se firmó Acta de fijación de precios no previstos.

"i) Que la suma dada en anticipo fue del diez (10%) por ciento del valor total del contrato o sea la suma de DIEZ Y SIETE MILLONES TRESCIENTOS SESENTA Y NUEVE MIL NOVECIENTOS SETENTA Y OCHO PESOS ($17'369.978.OO) M/CTE.

"j) Que se procedió a efectuar la liquidación del Contrato a los quince (15) días del mes de Enero de Mil Novecientos Ochenta y Ocho (1988) y a la fecha el CONTRATISTA se ha negado a firmar el Acta de liquidación la cual contiene un saldo a favor del DEPARTAMENTO que el CONTRATISTA debe devolver que corresponde al anticipo no amortizado, por la suma de SEIS MILLONES CUATROCIENTOS SESENTA Y DOS MIL OCHENTA Y TRES PESOS ($6'462.083.OO) C/CTE.". (fls. 7-8 C1).

SEPTIMA. Que el día veinticinco (25) de julio de mil novecientos ochenta y ocho (1.988), los miembros del CONSORCIO interpusieron el recurso de reposición contra la resolución Nro. 3952, en la cual afirman que es cierto que se han negado a firmar el ACTA DE LIQUIDACION que en su momento les presentó la administración , porque en ella "...no se consideran los siguientes aspectos que fueron presentados a la entidad en escrito del 6 de mayo de 1988 y que se refieren a lo siguiente:

"2.9.1. Faltante acta No. 2, $1.294.9777

"Al revisar las carteras se detectan las diferencias en metros cúbicos que dan ese valor, por cambio del eje de la vía, conforme a la comunicación oportuna que dio el contratista oportunamente a la entidad (sic).

" 2.9.2.Valor puentes de madera, $1.421.000.00

"Estos puentes debió ejecutarlos el contratista para poder hacer las obras y continuar adelante con la obra de explanación y alcantarilla, puentes que sí fueron reconocidos a otros contratista, en el ítem de obras de madera.

" 2.9.3. El 25% del AIU sobre $68.993.466 que fue la obra faltante por ejecutar conforme al acta de disminución de la cantidad de obra.

$17.248.366

" 2.9.4. Valor equipo utilizado adecuando vía de acceso

$1.531.500

"2.9.5. Perjuicios en el transporte del equipo por tener que sacarlo de manera manual por falta de vía de acceso.

$8.450.000

"2.9.6. Horas trabajadas del bulldozer en extracción de derrumbes y apertura de acceso para pasar el equipo.

$511.000

"2.9.7. Reajuste de las sumas anotadas hasta febrero de 1.988, conforme a los índices de construcción expedidos por el Ministerio de Obras Públicas considerando las actas de obra ejecutada desde la 01 hasta la 11, desde la fecha de licitación hasta el 28 de febrero, sin calcular aún lo faltante hasta que se verifique el pago, dado que las demoras en la

ejecución de la obra fueron consecuencia de las faltas de la entidad contratante. $48.618.125.". (fl. 159 C 1).

OCTAVO. Que por Resolución Nro. 7094 de primero (1o.) de diciembre de mil novecientos ochenta y ocho (1.988), el Señor Gobernador de Santander resolvió : "NO REPONER la Resolución No. 3952 del 7 de julio de 1.988....", por las razones que se indican en la misma.

B) A luz del acervo probatorio que se deja enlistado, y del que sea menester apreciar a lo largo de este proveído , la Sala entra a definir el presente conflicto de interés, anticipando sí que las pretensiones no tienen vocación de prosperidad por las razones que a continuación se indican:

PRIMERA.- Aspira el demandante a que se le reconozcan reajustes por un monto de CUARENTA Y OCHO MILLONES SEISCIENTOS DIECIOCHO MIL CIENTO VEINTICINCO PESOS CON SETENTA Y SEIS CENTAV0S ($48.618.125.76), que es la misma que registró en su propia liquidación cuando se mostró inconforme con la que hizo la administración . Ocurre, sin embargo, que en el Contrato No. 164 de 8 de octubre de mil novecientos ochenta y cinco (1.985) , se estipuló que la obra se ejecutaba a PRECIOS FIJOS y las partes nada dijeron respecto de REVISION DE PRECIOS, posibilidad que tiene operancia a la luz de lo preceptuado en el artículo 86 del Decreto 222 de 1983, que a la letra reza:

"En los contratos celebrados a precio global o por precios unitario, *se podrán pactar revisiones periódicas de los mismos*, en función de las variaciones que ocurran en los factores determinantes de los costos.

"Cuando ello fuere posible, la revisión se efectuará *mediante fórmulas matemáticas incorporadas en el respectivo contrato* en la forma que lo determine el reglamento.

"En ningún caso la suma de los reajustes podrá ser superior al ciento por ciento (100%) del valor original del contrato, a menos que la fórmula pactada fuere matemática.

"Las revisiones se consignarán en actas que suscribirán las partes y se reconocerá con el índice de ajuste correspondiente al mes anterior a aquél en que se pague la obra ejecutada, cuando esta corresponda al menos a la cuota parte del plan de trabajo previsto en el contrato."

En el caso en comento se tiene que ninguno de los anteriores presupuestos de ley se dio. Ni se pactó la cláusula , ni se suscribieron las actas , ni se acreditaron los índices, etc. etc. Pero es más . De la correspondencia que el CONSORCIO envió al Señor Gobernador del Departamento fluye que era consciente del universo contractual en la materia que se estudia. Esto explica

que en la carta de 20 de marzo de 1987 (C 1, fol. 114) le dijese al alto funcionario:

> "Finalmente Señor Gobernador, queremos dejar constancia de nuestra voluntad de terminar satisfactoriamente la obra *siempre y cuando se nos permita revisar los precios, en consideración a QUE SE PACTO COMO UN CONTRATO SIN AJUSTES* que no ha podido ejecutarse oportunamente por causas que no son imputables al contratista, en el cual hemos hasta la presente soportado una gran pérdida que no podemos incrementa, y que calculamos en unos Diez (10) millones de pesos.".

A todo lo anterior se agrega la especial circunstancia de que la administración pagó el anticipo de DIECISIETE MILLONES TRESCIENTOS SESENTA Y NUEVE MIL NOVECIENTOS SESENTA Y OCHO PESOS CON UN CENTAVOS ($17.369.978.01), mes y medio antes de que se iniciara la ejecución accidentada del contrato, como se desprende de la Resolución No. 0175 de tres (3) de Febrero de mil novecientos ochenta y seis (1.986), monto que no alcanzó a ser amortizado por el CONTRATISTA, pues éste acepta, en su liquidación, que hay un saldo de SEIS MILLONES NOVECIENTOS CUARENTA Y SIETE MIL NOVECIENTOS TREINTA Y UN PESOS CON CUARENTA Y NUEVE CENTAVOS ($6.947.931.49) pendiente de serlo.

Para el fallador ese dinero debió contribuir a aliviar los costos, pues no otra es la filosofía que lo explica . Por lo demás , no puede olvidarse que en Enero 8 de 1.987, el Secretario de Obras Públicas del Departamento se dirigió a los representantes del CONSORCIO para manifestarles que:

> ".... desde la fecha de la iniciación en marzo hasta el mes de Diciembre, la inversión probable ejecutada ascendería hasta $43.000.000.oo sobre una programada de $139.000.000.oo. De estos datos fácilmente se concluye que existe un atraso del 60% de la obra programada, esto es, la suma de noventa y seis millones de pesos ($96.000.000.oo) y la inversión mensual promedios que ustedes han venido realizando de $4.700.000.oo debería ser incrementada notablemente." (C 1 , fol. 88).

Si se trae a colación la anterior realidad es porque frente a un anticipo sustancial y una ejecución muy lenta de los trabajos, que , por lo demás, fueron pagadas en su oportunidad, no es fácil vivenciar en justicia un reajuste de los precios.

SEGUNDA.- Pretende también el CONSORCIO DEMANDANTE que se le reconozca un 25% A.I.U. sobre el valor no ejecutado del contrato. Esta pretensión tampoco tiene vocación de prosperidad, pues las partes suscribieron el día (2) de Julio de mil novecientos ochenta y siete (1.987) el ACTA que en lo sustancial se dejó transcrita en otro aparte de este proveído.

De su lectura se desprende que ellas se acordaron en el sentido de modificar las cantidades de obra y en la ampliación del plazo hasta octubre 15 de 1.987. Allí no se hicieron reservas de ninguna naturaleza, ni se trató el rubro que ahora se demanda. Para el *ad-quem* el citado acuerdo de voluntades tiene plena eficacia jurídica pues a él se llegó en forma libre, esto es, exenta de presiones. Tampoco se demostró que fuera fruto del ERROR o EL DOLO.

En este particular parece conveniente recordar que en la Carta de Junio 9 de 1.987, dirigida por el representante del Consorcio al Secretario de obras Públicas del Departamento de Santander, se solicita que se dé aplicación ".... a los artículos 6o. de la Ley 19 de 1.982 y 20 del Decreto Extraordinario 222 de 1.983..." (C 1 , fol. 130). Así las cosas , resulta imposible predicar que hubo vicio de 1.987 y no se dijo nada sobre la materia . No es de recibo, pues, la perspectiva que defendió ante el a-quo el apoderado de la parte actora, en su alegato de instancia, cuando afirma que '...esa manifestación atropellada y redactada por la entidad demandada de renunciar a reclamación legal, no puede tener ningún efecto contra mis mandantes, *porque aun cuando no hubiese sido resultado del constreñimiento a que se sometió a mis mandantes, una renuncia que engloba asuntos de orden público es nula e inválida.*

El Consejo de Estado ha sido claro al manifestar que los principios introducidos por la ley 19 de 1982, entre los cuales está el derecho a la compensación , por terminación del contrato por inconveniencia de la Administración, son asuntos en los cuales está interesado el orden público y son por tanto derechos irrenunciables tanto para la administración como para el particular contratista, además de que una transacción , en el supuesto de que lo fuera la renuncia provocada, en la cual no se ha considerado el monto del objeto de la transacción y no se ha identificado claramente su objeto y fin carece de eficacia como de extinguir las obligaciones conforme a las normas pertinentes del Código Civil " (Subrayas de la Sala).

Para el sentenciador no se demostró que el Acuerdo del 2 de Julio fuera el fruto de una manifestación atropellada. Tampoco es de recibo, a la luz de la ley y el derecho, la afirmación de que la renuncia que allí se hace a formular posteriormente RECLAMACIONES, englobe asuntos de orden público o de interés prevaleciente. Al menos en lo que tiene que ver con el 25% A.I.U., no se puede patrocinar tal tesis.

El artículo 8o. de la ley 19 de 1.982 no es aplicable al caso *sub-exámine* pues la hipótesis normativa recoge una realidad fáctica bien distinta. La norma se refiere a los casos de terminación unilateral por inconveniencia o inoportunidad del contrato. No a los ajustes de obra que a lo largo de su ejecución se acuerden, máxime cuando en el caso en comento en CONTRATISTA venía insistiendo, desde mucho tiempo antes, que se liquidara la relación negocial.

Para la Sala resulta incomprensible que el demandante reconozca, en el escrito en que sustentó el recurso de REPOSICION, contra la Resolución No. 3.952 de 7 de julio de 1.983 (C 1, fol. 154 y ss. ss), que "*ES CIERTO QUE PARA EL CONTRATISTA ERA CONVENIENTE NO CONTINUAR OBLIGADO A EJECUTAR UN CONTRATO QUE DESDE EL ORIGEN LE ESTABA CAUSANDO LOS MAYORES PERJUICIOS ECONOMICOS POR LA IMPROVISACION DE LA ENTIDAD AL CONTRATAR*" y no obstante lo anterior, pretenda hacer más oneroso para la administración el acuerdo del dos de julio , que le permitió aliviar sus cargas. Si a este resultado aspiraba, ha debido discutir el asunto en ese entonces y registrar su inconformidad en el citado documento.

En este momento el discurso parece conveniente recordar que si hubo improvisación de la administración, también la hubo de parte del CONSORCIO. De la lectura de la carta que el día 14 de enero de 1.987 dirigió el señor EDUARDO ACEVEDO LAVERDE, representante del Contratista, al Sr. Secretario de Obras Públicas del Departamento de Santander, se desprende que la entidad demandante *presentó su oferta sin haber hecho una inspección previa al sitio donde debía adelantarse la obra* . En ella se lee:

> "En primer lugar informo al Señor SECRETARIO que la visita conjunta convocada para el 25 de julio de 1.985 para *poder participar en la LICITACION PUBLICA INTERNACIONAL CP PVR-LTI- II- 85 se efectuó en la localidad del Socorro y no en el sitio del Guamo en el K86+000, punto de iniciación de la obra de nuestro contrato.*
>
> "Eso se debió seguramente a que en esa época no existía acceso a ese sitio "(Subrayas de Sala).

No obstante lo anteriormente expuesto, en la carta de 8 de Agosto de 1.985, dirigida por el Consorcio al Secretario de obras Públicas del Departamento (C 3, fol. . 18), se lee:

> "1. Que ésta propuesta y el contrato que llegar a celebrarse sólo comprometen a los firmantes de esta carta.....3o. *Que hemos visitado los sitios de las obras y tomado nota cuidadosa de sus características y las condiciones que pueden afectar su ejecución*....4o. Que conocemos las especificaciones y aceptamos todos los requisitos en ellas contenidos...."

Dentro del marco epistolar que se deja detallado, se impone preguntar: En qué momento se le puede creer al demandante? Cuándo afirma que visitó el sitio de las obras , o cuándo dice que ello no es cierto?. Todas estas informalidades en el manejo de la conducta de las partes pesan en el ánimo del fallador, pues la seriedad y la verdad son requisitos indispensables para

una actuación pura en la vida social. LA INFORMALIDAD no tiene fuerza de convicción en la defensa de las pretensiones. Por ello no es excusable la conducta del CONSORCIO quien sin hacer una PROPUESTA sin seriedad para poder participar en la licitación. En la valoración de la conducta humana resulta inexcusable semejante proceder. Para la circunstancia que se estudia viene bien el aforismo latino: LA NEGLIGENCIA DE UNO SE COMPENSA CON LA NEGLIGENCIA DEL OTRO. "NEGLIGENTIAE AD NEGLIGENTIAM ADMITTITUR COMPENSATIO".

La Sala desea aprovechar la ocasión para reiterar la filosofía contractual que sobre casos similares ha expuesto. Cuando las partes se suscitan confianza con la firma de acuerdos, documentos, actas, deben hacer homenaje a las misma. Ese es un MANDAMIENTO MORAL y un PRINCIPIO DEL DERECHO JUSTO. Por ello el Profesor KARL LARENZ, enseña:

> "El ordenamiento jurídico protege la confianza suscitada por el comportamiento de otro y no tiene más remedio que protegerla, porque PODER CONFIAR, como hemos visto, es condición fundamental para una pacífica vida colectiva y una conducta de cooperación entre los hombres y, por tanto, de la paz jurídica. Quien defrauda la confianza que ha producido o aquella a la que ha dado ocasión a otro, especialmente a la otra parte en un negocio jurídico, contraviene una exigencia que el Derecho - con independencia de cualquier mandamiento moral- tiene que ponerse así mismo porque la desaparición de la confianza, pensada como un modo general de comportamiento, tiene que impedir y privar de seguridad el tráfico interindividual. Aquí entra en juego la idea de una seguridad garantizada por el Derecho, que en el Derecho positivo se concreta de diferente manera..." (Derecho Justo. Editorial Civitas, pag. 91).

La Corporación encuentra que con inusitada frecuencia las partes vinculadas a través de la relación negocial resuelven sus problemas, en plena ejecución del contrato, y firman los acuerdos respectivos. Transitando por esa vía amplían los plazos, reciben parte de la obra, se hacen reconocimientos recíprocos, pero instantes después vuelven sobre el pasado para destejer, como PENELOPE, lo que antes habían tejido, sembrando el camino de dificultades desleales, que no son de recibo para el Derecho, como tampoco lo es la filosofía del INSTANTANEISMO, que lleva a predicar que la persona no se obliga sino para el momento en que expresa su declaración de voluntad, pero que en el instante siguiente queda liberado de sus deberes. Quienes así proceden dejan la desagradable impresión de que con su conducta sólo han buscado sorprender a la contraparte, sacando ventajas de los acuerdo que luego buscan modificar o dejar sin plenos efectos. Olvidan quienes así actúan que cuando las personas SE VINCULAN generan la imposibilidad de ROMPER o DESTRUIR lo pactado. Sólo el juez, por razones de ley, puede desatar el vínculo contractual.

Lo anteriormente expuesto permite concluir que firmada un ACTA DE RECIBO DE OBRA, a entera satisfacción, o una que recoja LA LIQUIDACION DEL CONTRATO, o que amplía los plazos o haga la ampliación o reducción de la obra, debe estarse a ella. Si existen reservas, deben consignarse en el mismo documento, con el fin de dejar libre la vía para acudir a la jurisdicción.

Por todo lo que se deja expuesto, se denegarán la pretensión.

TERCERA.- Se demanda también el pago de la suma de UN MILLON DOSCIENTOS NOVENTA Y CUATRO MIL NOVECIENTOS SETENTA Y SIETE PESOS CON TREINTA Y NUEVE CENTAVOS ($1.294.977.39), que es el monto que se firma no fue pagado en el Acta No. 2.

Sobre el particular el *ad-quem* observa que la citada acta se suscribió por las partes el día treinta (30) de Agosto de mil novecientos ochenta y seis (1.986), registrándose en ella , con la firma de los representantes de las partes, que se recibieron las siguientes cantidades de obra:

"A.I.I. CORTES EN MATERIAL COMUN	12.553.21M3
"A.I.2 CORTES EN ROCA	6.385.30M3
"D.I. REMOCION DE DERRUMBES	5.000M3."

De ese momento en el tiempo físico al 25 de septiembre de mil novecientos ochenta y siete (1.987) la administración y el Consorcio suscribieron diez (10) actas más, en ninguna de las cuales se hizo mención de la falta de pago de la falta de pago de la cantidad de obra que sólo con mucha posterioridad se alegó. Llama la atención al sentenciador la circunstancia de que en carta de 23 de septiembre de 1.986 (C 1, fol. 74), dirigida por el representante del consorcio demandante., al Jefe de interventoría, le solicita darle trámite a la citada cuenta consignando en ella la siguiente literatura:

> ".....ya que en ella se consignan los datos, medidas y clasificaciones verificadas por la Interventoría, en presencia del representante de la Auditoría.
>
> " De otra parte no es de mi competencia modificar un Acta de recibo de obra que está aprobada por la Interventoría."

Dentro del universo anterior, cabe preguntar: Por qué causa, motivo o razón si el Acta No. 2 recogía los datos, medidas y clasificaciones verificadas por la interventoría y aceptados por el actor, éste cuestiona ahora el temperamento que la misma tiene?.

Transitando por esta vía se atenta contra LOS ACTOS PROPIOS. La buena fe , se enseña, implica un deber de comportamiento, "... que consiste en la necesidad de observar en el futuro la conducta que los actos anteriores hacían preveer."

En la jurisprudencia española se ha manejado esta problemática dentro del siguiente perfil:

> "La buena fe que debe presidir el tráfico jurídico en general y la seriedad del procedimiento administrativo, imponen que la doctrina de los actos propios obliga al demandante a aceptar las consecuencias vinculantes que se desprenden de sus propios actos voluntarios y perfectos jurídicamente hablando, ya que aquella declaración de voluntad contiene un designio de alcance jurídico indudable, manifestado explícitamente, tal como se desprende del texto literal de la declaración, por lo que no es dable al actor desconocer, ahora, el efecto jurídico que se desprende de aquel acto: y que , conforme con la doctrina sentada en sentencias de esta Jurisdicción, como las del Tribunal Supremo de 5 de julio, 14 de noviembre y 17 de diciembre de 1963, y 19 de diciembre de 1964, no puede prosperar el recurso, cuando el recurrente se produce contra sus propios actos" (Sentencia de 22 de abril de 1967. Principio General de la buena fe, en el Derecho Administrativo, Editorial Civitas, Jesús González Pérez, pag. 117 y ss.).

Que el Consorcio demandante encontró serio el contenido del Acta No. 2 se vivencia nuevamente con la lectura de la carta que el 24 de Septiembre de 1.986, le envió al Secretario de Fomento y Desarrollo de Santander (C 1, fol. 76) en la cual se lee:

> "Como es de su conocimiento, la Interventoría del contrato referenciado está a cargo de INTERDISEÑOS, bajo cuya responsabilidad se hacen las entregas de obras y sus respectivas Actas, siendo de su competencia verificar que la construcción se ejecuta de acuerdo al proyecto, que los volúmenes movidos corresponden a los que figuran en las preactas, y así mismo a clasificar en concordancia con el Contratista los cortes en la vía.
>
> " Sin embargo el Ingeniero William Ruiz se niega a aceptar lo que la Interventoría recibe y consigna en Actas, cuyo recibo se hace en presencia de la Contraloría, aduciendo argumentos que hacen dudar de la seriedad de la Interventoría y que , si se hicieran las enmiendas al Acta tal como el Ingeniero Ruiz las concibe, resultarían contradictorias con los datos consignados en el Acta de recibo No. 01.
>
> "La disparidad de criterios en el trámite de las cuentas, entorpece la buena marcha del contrato y nos acarrea enormes perjuicios económicos.

"Por lo tanto ruego al señor Secretario interponer sus buenos oficios fin de remediar esta situación , ya que el Acta de recibo No. 02 permanece en la oficina del Ingeniero Ruiz desde el día 18 del presente mes sin darle el trámite correspondiente.".

Por todo lo expuesto, se denegará la pretensión.

CUARTA.- Se impetra, también el pago de la suma de UN MILLON CUATROCIENTOS VEINTIUN MIL PESOS ($1.421.000.oo), por los puentes de madera que afirma el demandante que construyó y que no le fueron pagados; de UN MILLON QUINIENTOS TREINTA Y UN MIL QUINIENTOS PESOS ($1.531.500.oo) por utilización de equipo adecuando la vía de acceso; de OCHO MILLONES CUATROCIENTOS CINCUENTA MIL PESOS ($8.450.000.OO) por transporte del equipo al tener que sacarlo de manera manual por falta de vía de acceso y el valor de las horas de bulldozer en la extracción de derrumbes y apertura de acceso para pasar el equipo, rubro que en el escrito en que se interpuso el recurso de reposición contra la Resolución No. 3.952 de 7 de julio de 1.988, se estimó en la suma de QUINIENTOS ONCE MIL PESOS ($511.000.oo).

Lo primero que observa la Sala es que el Consorcio demandante, en la carta que dirigió al señor Secretario de Obras Públicas del Departamento de Santander, el día 24 de agosto de 1987 (C 1, fol. 135), reconoce que los trabajos de remoción que los trabajos de derrumbes no se registraron en el ACUERDO del dos de julio de 1.987 "*.... por estar fuera de las metas físicas del contrato...*". Esta misma realidad la reconoce el consorcio demandante en las cartas que los días 8 y 28 de mayo de 1987 dirigió a la Interventoría, en las cuales y en lo pertinente , se lee:

"....Para solicitar el pago de los derrumbes removidos entre las abscisas K10 +000 al K14 +000, *que por estar localizadas fuera de las metas físicas del contrato*, fue necesario contar con la autorización de la Interventoría...." (C 1, fol. 124).

"Como es de su conocimiento, la temporada de lluvias que estamos soportando ha provocado cuantioso derrumbes *DENTRO Y FUERA DE LAS METAS FISICAS DEL CONTRATO REFERENCIADO...*" (C 1, fol. 125).

Esta misma verdad cabe predicar respecto de los PUENTES, pues en lo contrario No. 164 no se contempló la construcción de ninguno. Tampoco de adecuación de la vía . En la cláusula quinta del citado negocio jurídico se contemplan rubros tales como el de CORTES EN MATERIAL COMUN, CORTES EN ROCA, DESMONTE Y LIMPIEZA DE MONTAÑA , TERRAPLENES, EXCAVACIONES VARIAS, TUBERIA, RELLENOS ESTRUCTURALES, etc., etc.

Como si lo anterior fuera poco , de la carta que el representante del consorcio demandante dirigió al Sr. Secretario de Obras Públicas del Departamento, el día 14 de enero de 1.987 (C 1, fol. 93), se aprecia que fueron las Juntas de Acción Comunal de la CASETA , CAMPO AHUYAMA Y EL GUAMO, las que utilizaron las volquetas del demandante "...Por más de tres (3) meses en la labor de conservación de un trayecto de aproximadamente ocho (8) kilómetros para poder dar paso provisional". La Sala encuentra encomiable esta colaboración del consorcio , la destaca en todo el universo que tiene, pero resulta imposible , a la luz de la ley y el derecho, condenar a la administración por hechos o comportamientos que sólo vincularon al CONSORCIO con TERCEROS.

A la luz de lo que se deja expuesto, se impone concluir que las obras cuyo pago se demanda no encajan dentro del OBJETO del contrato No. 164 de 1986, motivo por el cual no se podía pretender por el CONSORCIO que el costo de las mismas, si en puridad de verdad se llevaron a cabo, no podían incluirse en la liquidación de l citado acto jurídico, las SITUACIONES DE HECHO deben manejarse y controvertirse como SITUACIONES DE HECHO (Acción de Reparación Directa por Enriquecimiento sin Causa) y las SITUACIONES CONTRACTUALES como SITUACIONES CONTRACTUALES. El desorden en el manejo jurídico de las distintas realidades fácticas nunca han podido ni puede producir consecuencias favorables.

Es verdad que en los parágrafos y segundo de la cláusula tercera del citado contrato se contempla la posibilidad de que por circunstancias especiales sea indispensable modificar el valor o el plazo del mismo. o la *EJECUCION DE OBRAS NO PREVISTAS*, pero para estos eventos se acordó que se celebrarían los correspondientes CONTRATOS ADICIONALES que , en el caso sub-exámine no aparecen por parte alguna. Se vivencia aquí, como tantas veces lo ha censurado la Corporación , un caso más de NO- DERECHO, que es la ausencia de éste en cierto número de relaciones humanas en que él tenía vocación teórica suficiente para estar presente. Saben las personas cómo deben ajustar la conducta a la normatividad vigente o convencional, pero proceden de manera diferentes y contraria a lo ordenado. Suelen vivir como si el derecho no existiera. El no-derecho, está de un lado , y el derecho en el otro. Hay muchos largos días de no- derecho, por sólo algunos instantes de derecho. El no- derecho lo convierten en la esencia , y el derecho en el accidente. Transitando por esa vía se busca la eliminación del juez al mismo tiempo que de la ley. Esta es la realidad fáctica que se vivencia en el caso en comento. Se pactó entre las partes cuál era la conducta que se debía seguir en el evento de que en el curso del contrato fuera necesario ejecutar obras no previstas, pero no se procedió conforme a la cláusula negocial. Se abrió paso la situación de hecho luego se pretende cobijar con el Contrato No. 164 de 1985. La perspectiva no es pues de recibo, por lo ya expuesto.

QUINTA. Finalmente , se solicita en la demanda que se condene al centro de imputación jurídica demandado al pago ".....de los perjuicios causados al contratista en la modificación del contrato y la terminación anticipada del mismo....."

La anterior pretensión tampoco se despachará favorablemente. En primer lugar, porque a lo largo del proceso no se demostraron tales perjuicios. Los peritos que fueron designados para auxiliar al sentenciador en tan importante particular, exponen en su trabajo:

> "4.5.4. Sobre los perjuicios causados al contratista por las modificaciones del trazado de la vía originalmente contratada y las variables introducidas en el curso del contrato consideramos que si hubo mayor cantidad de obra, cambio en la calidad de la misma, *u obra nueva*, éstas tuvieron que ser reconocidas en las actas parciales de recibo de obra ; por consiguiente no consideramos que exista perjuicios económicos y *NO ENCONTRAMOS CRITERIOS PARA ANALIZARLOS Y CALCULARLOS* ." (C 1 , fol. 331).

El anterior dictamen pericial no fue objetado por las partes ni respecto a él se solicitó aclaración alguna .Aunque no es un modelo en la fundamentación, lo cierto es que en el proceso en obra medio probatorio alguno que permita vivenciar una realidad distinta.

En esta oportunidad la Sala reitera que hace suya la perspectiva jurisprudencial que se recoge en sentencia de 10 de noviembre de 1944 de la H. Corte Suprema de Justicia, Magistrado Ponente, Dr. Hernán Salamanca, en la cual se lee:

> "Innúmeras veces ha dicho la Corte, repitiendo un principio fundamental de derecho, que el perjuicio que condiciona la responsabilidad civil no es materia de presunción legal y que como derecho patrimonial que es, debe ser demandado y probado en su existencia y en su extensión por quien alega haberlo sufrido, que es quien mejor debe saber en qué consiste y en cuánto lo ha afectado. Quien afirma que su demandado le ha inferido un daño por su dolo o culpa, está obligado , si quiere que se le repare por decisión judicial, a producir la prueba de la realidad del perjuicio demostrado los hechos que lo constituyan y su cuantía, o señalando a este respecto, cuando menos, bases para su valoración "(Gaceta Judicial. Tomo 58, 2.016-2.018, pag. 113).

C) Como la Juez de Rentas y Ejecuciones Fiscales de Santander, en el Oficio No. 001 de cinco (5) de febrero de mil novecientos noventa y dos (1.992), solicita que se le comunique la decisión que se tome dentro del presente proceso, se dispondrá lo pertinente en la parte resolutiva de esta sentencia.

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

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMASE la sentencia calendada el día doce (12) de diciembre de mil novecientos noventa (1.990), proferida por el Tribunal Administrativo de Santander , por las razones dadas en los considerandos de este proveído;

SEGUNDO : Envíese copia de la presente sentencia a la Juez de Rentas y Ejecuciones Fiscales de Santander.

TERCERO : Ejecutoriado el presente fallo, devuélvase el expediente al tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE.

Daniel Suárez Hernández, Presidente de la Sala; *Carlos Betancur Jaramillo, Juan de Dios Montes Hernández, Julio César Uribe Acosta.*

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

FALLA DEL SERVICIO MEDICO/ FALLA DEL SERVICIO PRESUNTA/ CARGA DE LA PRUEBA/ OBLIGACION DE MEDIO

La ictericia, la anemia severa, la insuficiencia cardíaca, que se ofrecen como causas del fallecimiento parecen de comprobación en el proceso. Si no está la historia clínica de la recién nacida, si en el proceso no obra la información básica sobre la situación física de la niña luego de nacida, cómo puede aceptarse que las causas de la muerte fueron las expresadas en la postrera oportunidad probatoria?. En casos de falla del servicio médico la carga de la prueba se traslada del paciente común y corriente, lego e ignorante en la ciencia médica, a quienes son expertos en la misma y sobre todo quienes han llevado la parte activa en el comportamiento profesional censurado, todo esto, desde luego, sin desconocer que también la ciencia médica tiene sus limitaciones, que en el tratamiento clínico quirúrgico de las enfermedades se hallará siempre un campo extraño al cálculo más riguroso a las previsiones mas prudentes, que conducen a enfocar la responsabilidad médica recordando que es una obligación de medio y no de resultado.

PERJUICIOS MORALES A PADRES /PERJUICIOS MORALES A LESIONADOS

La actora sufrió un duelo patológico; fue atendida y sometida a trabajo terapéutico, caracterizándose por "síntomas depresivos, llanto facial, adinamia (ganas de no hacer nada), rechazo de esa situación, muerte de su hija, rabia contra la Institución ,culpabilidad; todos esos síntomas asociados a la muerte de su hija, en primera instancia." Considera la Sala que se ha demostrado suficientemente no sólo el perjuicio moral de la propia demandante por los daños a

ella inferidos, sino también el resultante por la muerte de su hija recién nacida , por lo que la Sala considera adecuado indemnizar su doble afectación moral con una suma equivalente en pesos a 1300 gramos de oro fino.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera

Santafé de Bogotá, D.C., trece (13) de agosto de mil novecientos noventa y dos (1992)

Consejero Ponente : *Doctor Daniel Suárez Hernández*

Referencia: Expediente No 7274 Actor :Gloria Villamizar Callejas.-

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 1o. de noviembre de 1991 proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, mediante la cual se negaron las peticiones de la demanda.

-I- ANTECEDENTES

1o. *Las pretensiones.*

El 24 de enero de 1990, Gloria Eunice Villamizar Callejas , en ejercicio de la acción de reparación directa consagrada en el artículo 86 del C.C.A., ante en Tribunal Administrativo del Valle del Cauca formuló demanda contra el Instituto de Seguros Sociales, para que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

"1.- DECLARAR que el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES es administrativamente responsable por los perjuicios ocasionados a los señores GLORIA EUNICE VILLAMIZAR CALLEJAS, por la falla administrativa en la prestación del servicio de atención médica del parto solicitada por la actora en Julio de 1988 en la Clínica de los Seguros Sociales Rafael Uribe Uribe, ya que fue atendida tardíamente y con negligencia a pesar de existir la orden de cesárea por sufrimiento fetal, lo que ocasionó el fallecimiento del menor, hechos ocurridos el 9 de Julio de 1988.-

"2.- CONDENAR, como consecuencia de la declaración anterior, al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES a pagar a la señora GLORIA EUNICE VILLAMIZAR CALLEJAS la indemnización por los perjuicios ocasionados por la falla administrativa en la prestación del servicio en forma deficiente, tardía y negligente que ocasionó el fallecimiento de la menor y un grave trastorno sicológico de la demandante .-

"CONDENAR al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES a pagar a la señora GLORIA EUNICE VILLAMIZAR CALLEJAS las siguientes sumas de dineros o las que se demuestren en el transcurso del proceso conforme a los dictámenes periciales:

"3.1. PERJUICIOS MATERIALES:

"3.1.1. DAÑO EMERGENTE :

"Con ocasión de la falla administrativa en la prestación del servicio, la señora GLORIA EUNICE VILLAMIZAR CALLEJAS tuvo que cancelar los servicios funerarios de la menor, acudir a especialistas para un tratamiento sicológico, la pérdida del empleo por su trastorno emocional y la pérdida de los gastos que realizó para el recibimiento de la menor.-

"Los estimo en la suma de $2.000.000.oo

"3.1.2. LUCRO CESANTE :

"Con ocasión de la falla administrativa, la señora GLORIA EUNICE VILLAMIZAR CALLEJAS ha dejado de percibir los beneficios propios de tener a una menor, como son Bienestar Social en la Empresa, los ingresos que en un futuro pudiere haber percibido la menor, suma que se determina con base en las Tablas de Garuffa por la expectativa de vida y el salario mínimo actual.-

"Los estimo en la suma de $15.000.000.oo

"3.2. PERJUICIOS MORALES :

"En este campo, los perjuicios morales han sido incontables, empezando que la demandante es de edad avanzada y era su única y última expectativa para ser madre, ansiaba mucho su pequeña y durante todo el período del embarazo cumplió a cabalidad el tratamiento exigido por el médico. Desde que llegó a la Clínica del Seguro Social a realizar su trabajo de parto fue atendida con displicencia y fueron días de angustia por el futuro de su menor. Después del fallecimiento, decayó su estado de ánimo, tuvo una fuerte depresión sicológica que todavía no ha superado, después de un tiempo prudencial en que sucedieron los hechos.-

"Los estimo en la suma de $33.000.000.oo

"4.- CONDENAR al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES a pagar a la señora GLORIA EUNICE VILLAMIZAR CALLEJAS dentro de los cinco días siguientes a la ejecutoria de la sentencia la totalidad de los perjuicios causados.

"5.- CONDENAR en costas y agencias en derecho al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES .-" (Fols, 62 a 64).

2o. *Los hechos.-*

En la demanda se relacionan los fundamentos de hecho a folios 65 a 69 . El Tribunal hizo de los mismos este resumen:

"1.- Por encontrarse afiliado al ISS la actora se sometió allí a los cuidados médicos de su embarazo al parecer iniciado en septiembre de 1987. Durante el período del embarazo por tener los padres tipos de sangre incompatibles que pudieran afecta el feto, le fue practicado el control respectivo y para el efecto se le realizaron pruebas Coombs Indirecto, los que tuvieron resultados negativos que consecuencialmente hacían viable el nacimiento de la criatura concebida.

"2.- Médicamente se estableció como fecha probable del parto la del 29 de junio de 1988. El día 5 de julio fue remitida a la Clínica Rafael Uribe Uribe, cuando ya presentaba 41 semanas de embarazo y todavía no había iniciado trabajo de parto,, con la única advertencia de que la incompatibilidad del RH había sido controlada y vigilada durante el embarazo y que la prueba de Coombs Indirecto había dado un resultado negativo.

"3.- Sólo después de cuatro días de haber ingresado a la Clínica Rafael Uribe Uribe del ISS le fueron practicados exámenes que detectaron sufrimiento fetal, lo que dio como resultado la orden de practicar cesárea a las 15:30 p.m. del día 9 de julio, pero ella le fue practicada a las 22:30 p.m., siete horas después.

"4.- Según el índice de APGAR la recién nacida presentaba al minuto 3 y a los cinco minutos 6, pero no se hacen más valoraciones sobre ella, y se desconoce si existió o no valoración pediátrica al momento del nacimiento. La menor falleció al día siguiente, tuvo como grupo sanguíneo O Positivo, por lo que si ella hubiera contado con atención oportuna habría sido una persona sana. Le informaron a la actora que como existían contradicciones sobre las causas de la muerte adelantarían un estudio de mortalidad, cuyos resultados no le fueron entregados.

" 5.- Asegura que la falla del servicio consistió en que el ISS tenía la obligación de prestar en forma oportuna y eficiente la atención médica a la demandante, pero por su negligente y deficiente proceder permitió las graves irregularidades que llevaron como consecuencia el fallecimiento de la menor .". (fols. 236 y 237).-

3o. *Actuación procesal .-*

Notificado el auto admisorio de la demandada al Director del Instituto de Seguros Sociales del Valle del Cauca, éste mediante apoderada impugnó el libelo demandatorio, a cuyas peticiones se opuso. Luego de referirse a cada uno de los hechos, concluye que "no se puede afirmar que el bebé falleció por mala atención", descuido o negligencia del personal médico, pues los innumerables exámenes y procedimientos lo desvirtúan en un todo, ya que la atención médica recibida fue la más adecuada para el estado que se presentaba, luego no existe duda que el ISS asumió su atención médica a partir del ingreso de la paciente, donde de inmediato asumió los riesgos que como entidad de asistencia médica estaba obligada a cubrir a sus afiliados y por un equipo médico de especialistas debidamente autorizados para el ejercicio de la profesión médica".-

Cumplido el período probatorio, durante el respectivo traslado para alegar de conclusión la parte actora presentó el memorial de folios 201 a 207, en el cual con base en algunas de las pruebas recaudadas, concluye que efectivamente sí se dio la falla del servicio. El Fiscal del Tribunal en su concepto de fondo sostuvo que "la no comprobación en el proceso de conductas negativas de la Administración referente a omisiones, retardos, negligencia o en general falla alguna, imposibilita responsabilizar al pago de perjuicios al ente demandado ".

La parte demandada no presentó alegato de fondo.

4o.- *La sentencia apelada.-*

Tras de hacer referencia a algunas de las pruebas practicadas, especialmente las testimoniales recaudadas oficiosamente, el Tribunal considera que las pretensiones de la demanda no deben prosperar. Así condensa su criterio el *a-quo*:

> "Concluye de lo anterior la Corporación que en el caso sub-judice aunque existieron fallas en el servicio médico prestado a la actora, las que tienen que ver con la celeridad con que se tomaron las medidas que el caso ofrecía , las mismas en cuanto a su calidad fueron acertadas y se desprende igualmente que aunque se hubieran practicado antes, el resultado hubiera sido el mismo, es decir lamentablemente la menor debido a procesos naturales y biológicos congénitos no podía sobrevivir pues su mismo sistema nervioso no se lo permitió pese a los esfuerzos médicos para ello. En resumen, no existió falla en el servicio médico como lo alega la actora que causara la muerte de su menor hija". (fols. 246 y 247).

5o. *La segunda Instancia.-*

La parte actora interpuso recurso de apelación contra la anterior providencia. Oportunamente presentó su alegato de conclusión con miras a obtener la revocatoria del fallo impugnado y en pronunciamiento favorable a las pretensiones de la demandante. Básicamente reitera el recurrente los planteamientos de su escrito demandatorio, complementándolo con algunas consideraciones referentes al compromiso profesional, social que asumen quienes ejercen la actividad médica. Por último solicita un reconocimiento indemnizatorio en equivalencia a 6.000 gramos de oro por perjuicios morales.

La parte demandada y el Ministerio Público no presentaron alegato de conclusión ni vista fiscal.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA.

Sea lo primero advertir que el fallo impugnado deberá revocarse. No comparte la Sala el criterio valorativo del a-quo que le permitió señalar la existencia de fallas en el servicio de salud del Instituto de Seguros Sociales, la muerte de la recién nacida hija de la actora , sin hallar relación o nexo causal entre una y otra.

Contra el planteamiento del Tribunal basado en pruebas aportadas por el Instituto demandado, bien de orden testimonial o documental , a las que sin restricción, o critica alguna ofrece toda credibilidad, para concluir que "se desprende igualmente que aunque se hubieran practicado antes, el resultado hubiera sido el mismo, es decir, lamentablemente la menor debido a procesos naturales y biológicos congénitos no podía sobrevivir pues su mismo sistema nervioso no se lo permitió pese a los esfuerzos médicos para ello. En resumen, no existió falla en el servicio...". Estima la Sala que no fue atinada la valoración de la prueba, especialmente las declaraciones de los médicos y la valoración que profesionales del Instituto hicieron sobre el caso de la demandante.

Cabe resaltar para efectos de apreciar la conducta del ente demandado, que desde un comienzo la actora, fue considerada dentro de un riesgo obstétrico normal y por esta razón su control del embarazo lo efectuó un médico general del Centro de Atención Básica de la Flora, quien asimismo calculó como fecha probable del parto el 29 de junio de 1988. Sin embargo, en vista de la posibilidad de la compatibilidad sanguínea porque ella era O Negativa y el padre O Positivo, se mantuvo un control permanente, se hicieron pruebas de Coombs Indirecto con resultados negativos favorables al feto, y que hacían viable su nacimiento.

En vista de que para la fecha inicialmente prevista no se dio trabajo de parto, el día 5 de julio de 1988 fue remitida la madre a la Clínica Rafael

Uribe Uribe . Esta remisión, en concepto del médico remitente "*Era considerada como un caso de urgencia*".-

Llega pues a la Clínica con criterio de *urgencia* en el sentir del profesional que mejor conocía su condición física por haberla tratado desde el inicio de su embarazo. Desafortunadamente el comportamiento en la Clínica de Seguros Sociales no fue tan urgente, ni siquiera fue ágil, para proceder a tomar oportunamente las medidas necesarias para que el parto tuviese feliz culminación. En efecto, fue hospitalizada en el 'piso sexto, y según el médico Velásquez Vega : "En este piso no se practica ninguna intervención médica, de tipo quirúrgico o atención del parto por lo cual ordené trasladar al cuarto piso donde sí se puede realizar estos procedimientos (Sala de Partos)". Este mismo declarante manifiesta que la revista " es pasada entre las 7 a 10 de la mañana y encuentro que según las otras notas médicas *se ordenó preparar para cesárea a las 3 y 30 de la tarde*, en ese período aparentemente se le realizaron en el cuarto piso pruebas de monitoría fetal en que, pruebas que mostraron aparente sufrimiento fetal, según nota de las 5 y 30 de la tarde que obra a folio 55 del cuaderno que tengo a la vista , *pero al parecer se llevó a cirugía a las 22:30..... esta operación de cesárea se realizó en julio 9 alrededor de las veintitrés horas.....*" Al preguntársele si era normal que una paciente con ese riesgo obstétrico se la haya dejado por más de cuatro días sin definir la conducta médica a seguir, el testigo expresó: " *No es normal que esto haya sucedido*, aunque como el diagnóstico de embarazo prolongado no es muy común el servicio se llenó de motivos antes de tomar esta conducta y si ella fue demorada puede atribuírsele al gran volumen asistencial que ocasionalmente tiene este servicio ".

Consideró el Tribunal que "dada la especialidad del tema y ante la poca claridad que ofrecían las pruebas practicadas a petición de la parte actora y ante la inexistencia de una necropsia de la menor fallecida ", se hacía necesario practicar otras para informarse plenamente sobre el tema. A tal efecto llamó a los Jefes de los servicios de Ginecobstetricia y de Pediatría del Instituto de Seguros Sociales, Caja Seccional del Valle. De otra parte solicitó el "ESTUDIO DE MORTINALIDAD" que debió adelantar el Instituto para establecer las causas de la muerte de la menor hija de la demandante.

Una vez recaudadas las pruebas anteriores el *a-quo* dictó la sentencia impugnada y tal parece que aquellas fueron analizadas para tomar la decisión que le permitió descartar la existencia del nexo causal entre la falla del servicio y el daño causado.

Para la Sala este punto no ofrece la claridad que encuentra el Tribunal y que dada la naturaleza de los hechos debe hallarse probatoriamente muy bien determinado. Cabe señalar, por ejemplo, que si bien la mayoría de los conceptos técnicos y científicos de los profesionales que intervinieron por razón de su especialidad en el caso estudiado se adecúan a principios, normas

y procedimientos médicos normales, lo cierto es que en su mayoría, preferencialmente los últimos declarantes, basan sus aseveraciones en información indirecta, sin contacto personal con la madre ni con la recién nacida, por lo que su conocimiento del caso real, concreto, individual se disminuye considerablemente y, por consiguiente, también se mengua probatorio de su apreciación. Obsérvese que quien se desempeñaba como Jefe de Gineco-obstetricia no refiere en ningún momento haber examinado a la paciente , ni a la recién nacida. Su participación activa, de acuerdo con su testimonio, fue para discutir por qué "nació con una cuadro de hidrofetal, falla cardíaca e ictericia" y agrega que este caso "se dio en un gran comité y no se evidenció mal manejo ni situación médica prevenible como causa de la muerte de la niña ..."

Por su parte el Jefe de Pediatría, expresamente manifiesta que "yo no manejé la paciente, pero los nonatólogos del servicio de recién nacidos la manejaron de acuerdo con las pautas de acuerdo, aclaro, para esta entidad , que son pautas de manejo internacionales..."

A su vez, el Instituto demandado remitió las conclusiones a que llegó el Comité de Análisis de Morbimortalidad Materno Infantil, el cual "analizó en su época " (cual fecha) el caso de la actora. En dicho documento se afirma :"... Se decide practicar cesárea nace niño (sic) con calificación de Apgar 6, ictericia con insuficiencia cardíaca congestiva e Hidrops fetal...*NO FUE POSIBLE ESTABLECER UN DIAGNOSTICO ETIOLOGICO QUE EXPLICARA LA PATOLOGIA MULTIPLE QUE PRESENTO EL RECIEN NACIDO...No se realizó autopsia.* El manejo médico fue adecuado, no se evidenció falla en las decisiones tomadas por parte de los médicos ni existió falla institucional ". (Fls. 229-230).

Como anteriormente se señaló, las manifestaciones de los profesionales que declararon y el contenido del escrito cuyos apartes se transcribieron, si bien teóricamente pueden ser acertados, en la práctica, por lo menos en este proceso, carecen de respaldo probatorio. Así lo considera la Sala por cuanto resulta ostensible la ausencia de comprobación acerca precisamente de las causas que ocasionaron la muerte de la menor.

En efecto, la ictericia, la anemia severa, la insuficiencia cardíaca, que se ofrecen como causas del fallecimiento carecen de comprobación en este proceso. Sólo están las manifestaciones de los médicos, pero surge la cuestión de saber el origen de su información cuando, como ya se anotó, no se estableció la relación médico a paciente. Cuál examen de laboratorio o prueba específica al respecto le permite al médico determinar la ictericia, o la insuficiencia cardíaca o la anemia severa, si no hay procesalmente demostración de que las mismas se hubiesen practicado ?. Dónde encontrar los exámenes de laboratorio que permitieron concluir a los últimos médicos declarantes sobre las causas de la muerte ? . Con apoyo en cuál información, si el declarante dice que "no

maneje la paciente ", sostiene que los nonatólogos del servicio de recién nacidos la manejaron de acuerdo con las pautas de manejo internacionales ? Cuáles fueron los nonatólogos y cuáles fueron las pautas de manejo internacionales utilizadas ?.

Inexplicable resulta para la Sala que la historia clínica de la niña no se haya encontrado, ni la hoja pediátrica, sin que pueda admitirse que se encontraban en poder de la actora como lo pretende la parte demandada y sin cuestionamiento alguno lo acepta el Tribunal. Si no está la historia clínica de la recién nacida, si en el proceso no obra la información básica sobre la situación física de la niña luego de nacida, cómo se puede aceptar que las causas de la muerte fueron las expresadas en la postrera oportunidad probatoria?.

La serie de interrogantes sin respuesta en el proceso conducen a la Sala a referirse al tema de la prueba y la carga de la misma. en casos en que, como el *sub-judice*, se reclama la responsabilidad por falla en los servicios médicos de una entidad oficial.

En torno de esta materia recientemente la Sala tuvo oportunidad de pronunciarse en el proceso de Gustavo Eduardo Ramírez, expediente 6897, en sentencia calendada el 30 de julio de 1992, en la cual, con ponencia del Consejero Daniel Suárez Hernández se sostuvo:

> "Ahora bien, por norma general le corresponde al actor la demostración de los hechos y cargas relacionados en la demanda. Sin embargo, con mucha frecuencia se presentan situaciones que le hacen excesivamente difícil , cuando no imposible, las comprobaciones respectivas, tal el caso de las intervenciones médicas, especialmente quirúrgicas, que por su propia naturaleza, por su exclusividad, por la privacidad de las mismas, por encontrarse en juego intereses personales o institucionales etc., en un momento dado se constituyen en barreras infranqueables, para el paciente, para el ciudadano común obligado procesalmente a probar aspectos científicos o técnicos profesionales sobre los cuales se edifican los cargos que por imprudencia, negligencia o impericia formula en el ejercicio de una determinada acción judicial contra una Institución encargada de brindar servicios médicos u hospitalarios.
>
> "Sin duda, resultaría más beneficioso para la administración de justicia en general, resolver esta clase de conflictos, si en lugar de someter al paciente, normalmente el actor o sus familiares, a la demostración de las fallas en los servicios y técnicas científicas prestadas por especialistas, fueran éstos, los que por encontrarse en las mejores condiciones de conocimiento técnico y real por cuanto ejecutaron la respectiva conducta profesional, quienes satisficieran directamente las inquietudes y cuestionamientos que contra sus procedimientos se formulan.

"Podrán así los médicos exonerarse de responsabilidad y con ello los centros clínicos oficiales que sirven al paciente, mediante la comprobación, que para ellos, se repite, es más fácil y práctica , de haber actuado con la eficiencia, prudencia e idoneidad requeridas por las circunstancias propias al caso concreto, permitiéndole al juzgador un mejor conocimiento de las causas, procedimientos, técnicas y motivós que llevaron al profesional a asumir determinada conducta o tratamiento.

"Esta, por demás es la orientación moderna de algunas legislaciones, que pretenden en los casos de los profesionales liberales atribuir a éstos la carga de la prueba de haber cumplido una conducta carente de culpa.

"Precisamente, en relación con el tema comentado y su consagración en el 'Proyecto de unificación de la legislación civil y comercial' de Argentina, el profesor, Augusto M. Morello en su obra 'La Prueba, Tendencias modernas ', Editorial Platense - Abeledo - Perrot, 1991, páginas 84 y 85 escribe :

"" 1) En consonancia con las ideas hoy predominantes, se ha desplazado el eje de referencia hacia el consumidor jurídico- quién es el que recaba la tutela jurisdiccional- más que colocarlo en el vértice del operador (juez o abogado) del fenómeno litigioso involucrado.

""2) Responde solidariamente a la más conveniente función razonable posible, del lado del consumidor e, *igualmente* del lado del profesional accionado, con los concurrentes beneficios para el órgano destinatario de la prueba.

""Si como con acierto se ha puntualizado , en principio y como regla, no es de otro que el médico y no el enfermo el que mejor conoce 'cual fue la situación al comienzo de la atención, qué terapia era la más conveniente de acuerdo con el diagnóstico, qué dificultades se presentaron, con qué medios técnicos disponían, cuáles fueron las causas probables de la frustración, qué rol le cupo a la entidad sanatorial ', la norma insinuada recoge esa evidencia de la situación real para reglamentarla en la asignación de un deber de cooperación (carga) que no significa, de por sí, atribuir culpa en el obrar del médico en el caso.

""3) Las dos anteriores se enlazan, asimismo, con la incidencia económica que tanto CALABRESI, como ALPA en su contexto más global y reparando en la dimensión social que lleva hoy la mayoría de los fenómenos jurídicos, advierten con claridad...".

En este mismo orden de ideas, cabe hacer algunas precisiones. Ya se advirtieron algunos de los interrogantes que surgen sobre la conducta del ente demandado frente a la actora y a su fallecida hija. Todos son de carácter

profesional , técnico, especializado, a los que común de las personas no tienen acceso por falta de conocimiento. Es por ello por lo que la Sala entiende que en estos eventos la carga de la prueba se traslada del paciente común y corriente, lego e ignorante en la ciencia médica, a quienes son expertos en la misma y sobre todo quienes han llevado la parte activa en el comportamiento profesional censurado, todo esto, desde luego, sin desconocer en momento alguno que también la ciencia médica tiene sus limitaciones, que en el tratamiento clínico o quirúrgico de las enfermedades se hallará siempre un campo extraño al cálculo más riguroso a las previsiones más prudentes, que conducen a enfocar la responsabilidad médica recordando que es una obligación de *medio y no de resultado*.

Bajo el anterior entendimiento al actor le corresponde probar de una parte, que hubo una intervención quirúrgica o un tratamiento médico y, de otra, que se produjo un daño, presumiéndose entonces que este último lo ocasionó el servicio médico. Frente a esta presunción , probatoriamente la conducta del ente oficial a través de sus profesionales no será otra que la de acreditar que hubo diligencia y cuidado en la prestación del servicio, como demostración en contra de las manifestaciones que conllevan los cargos formulados en la demanda y que por su naturaleza, se tornan difíciles de probar. En las anteriores condiciones le es dable a la administración exonerarse de responsabilidad con la sola demostración de haber prestado el servicio con la diligencia y cuidados necesarios para que la salud o vida del paciente no sufrieran menoscabo o falleciera. Frente a ese tipo de conducta administrativa, le incumbe al ente demandado proveer al fallador de las pruebas, con lo cual se desvirtúa la presunción de falla establecida. Precisa la Sala que se trata en este caso de una falla del servicio, que le permite al ente demandado desvirtuarla con la demostración de la diligencia y cuidado.

En este orden de ideas, si el Instituto de Seguros Sociales pretendía exonerarse de responsabilidad, le era suficiente haber demostrado que el servicio médico quirúrgico prestado para la atención del parto de la actora y cuidado de su hija, se había cumplido dentro de un marco de prudencia, diligencia y cuidado suficientes para procurar una culminación satisfactoria para la madre y su recién nacida. Estima la Sala, sin embargo, que el ente demandado no comprobó las condiciones antes relacionadas. Por el contrario, en cuanto respecta a la madre, el proceso de iniciación, de control hasta la ejecución de la cesárea, se caracterizó por demoras en atenderla y en definirle la conducta a seguir, haciéndose ostensible la falla del servicio, como lo reconoció el propio Tribunal y lo reafirma ahora la Sala. No hubo prueba suficiente por parte del demandado para demostrar un buen servicio, prestado oportuna y diligentemente. Con relación a la recién nacida, solo se hallan en el proceso manifestaciones encaminadas a salvar la responsabilidad administrativa del ente demandado, pero se quedan en eso: solo manifestaciones, sin sustento probacional que las respalde y que permitieran a la Sala vislumbrar una atención hacia la niña, oportuna, ágil y eficaz, mediante

la cual pudiera exonerarse el Instituto de Seguros Sociales de la responsabilidad administrativa que se le imputa.

Dimana de las anteriores observaciones que la ausencia o limitación en la prueba de haber prestado un servicio adecuado , cuidadoso y diligente por parte del Instituto demandado a la madre e hija, permiten mantener vigente la presunción en favor de la parte actora, en virtud de la cual se estructura la falla del servicio por parte de la Administración y se genera a su cargo el compromiso del indemnizar los perjuicios ocasionados.

Al respecto en la demanda se reclama indemnización por perjuicios materiales y morales. Para la Sala no hay lugar al reconocimiento de los primeros por cuanto no están acreditados en el proceso las condiciones probatorias necesarias para determinarlos y valorarlos, más de que no se halla claramente establecido el derecho a percibirlos.

En lo que respecta con los perjuicios morales, de conformidad con la información procesal recaudada, es evidente que la actora fue seriamente afectada por los hechos que originaron este proceso . Así se deduce de los testimonios de Helmer Ruiz Panneso, (Fls 147-148); Ana Soto de Barbosa (Fls. 150 - 151) y Luz Elena Sierra Valencia (154 -155), quienes relatan las consecuencias y comportamientos de la demandante a raíz de las actuaciones médico quirúrgicas cumplidas en la clínica Rafael Uribe Uribe de Seguros Sociales del Valle. Se complementa la prueba, con los testimonios del siquiatra Jairo de Jesús Palacio Cano (fls. 195-196) y de la sicóloga María del Socorro Diago de Martínez (Fls.197-198), de los que se infiere que la actora sufrió un duelo patológico, que fue atendida en el Centro de Atención Diurno y sometida a trabajo sicoterapeútico, caracterizándose por "síntomas depresivos, llanto facial, adinamia (ganas de no hacer nada), rechazo de esa situación, muerte de su hija, rabia contra la Institución, tenía siempre una posición de víctima, culpabilidad. Todos esos síntomas asociados a la muerte de su hija, en primera instancia ".

Con las pruebas mencionadas considera la Sala que se ha demostrado suficientemente no solo el perjuicio moral de la propia demandante por los daños a ella inferidos, sino también el resultante por la muerte de su hija recién nacida, por lo que la Sala considera adecuado indemnizar su doble afectación moral con una suma equivalente en pesos a 1.300 gramos de oro fino.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO : Revócase la sentencia apelada, esto es, la de 1o. de noviembre de 1991 proferida por la Sección Segunda del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca.

SEGUNDO : Declárase al Instituto de los Seguros Sociales administrativamente responsable por los daños causados a Gloria Eunice Villamizar Callejas con ocasión de los servicios médicos, quirúrgicos y hospitalarios que se le prestaron para el parto cumplido en la Clínica de los Seguros Sociales Rafael Uribe Uribe del Valle del Cauca , el 9 de julio de 1988 ocasionándose además la muerte de su hija recién nacida.

TERCERO : Como consecuencia de la anterior declaración condénase al Instituto de los Seguros Sociales a pagar como indemnización por los perjuicios morales a Gloria Eunice Villamizar Callejas el equivalente en pesos a mil (1.300) gramos de oro fino.

El Banco de la República certificará sobre el precio interno de dicho metal a la fecha de ejecutoria de este fallo. La interesada allegará la certificación con la respectiva cuenta de cobro.

CUARTO : Deniéganse las demás peticiones

QUINTO : Dese cumplimiento a los artículos 176 y 177 del C.C.A., para lo cual se expedirá copia de la sentencia, con constancia de su ejecutoria, con destino a las partes, haciendo precisión sobre cuál resulta idónea para hacer efectivos los derechos reconocidos. (Art. 115 del C. de P.C.)

COPIESE , NOTIFIQUESE , CUMPLASE Y DEVUELVASE .

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha, trece de agosto de mil novecientos noventa y dos (1992).

Daniel Suárez Hernández, Presidente de la Sala; *Carlos Betancur Jaramillo, Juan Montes Hernández, Julio César Uribe Acosta.*

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

NOTA DE RELATORIA : Se reitera, además, lo dicho en el fallo de 30 de julio de 1992, Exp. 6897.

FALLA DEL SERVICIO DE POLICIA -Arma No Oficial/ **DAÑO ANTIJURIDICO/ LEGITIMA DEFENSA** - Improcedencia

La legítima defensa reconocida en el proceso penal no es causal de exculpación en los asuntos de responsabilidad estatal por falla del servicio, porque una es la normatividad que rige la conducta del funcionario que infringió la ley penal; y otra, diferente, la que rige o gobierna la responsabilidad del ente público por falla del servicio, aunque esa falla puede imputarse también a la conducta personal del mismo agente. Si un agente de policía interviene en un operativo con arma de su propiedad y no con la que tiene asignada, aquella se oficializa en razón del servicio, por permisión de la misma autoridad y es como si fuera de dotación oficial. No tiene sentido sostener que la falla desaparece porque el agente utilizó para cometer el hecho reprobable un arma no asignada como dotación. Lo que se juzga en todos estos casos es el daño antijurídico que produce la conducta del agente en función del servicio público. Si cumple esa conducta con el arma de dotación, lo único que cambia es que puede presumirse la falla en lugar de que ésta tenga que probarse por quien quiere sacar avante sus pretensiones resarcitorias.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera

Santafé de Bogotá, D.C., Agosto catorce (14) de mil novecientos noventa y dos (1992)

Consejero Ponente : *Doctor Carlos Betancur Jaramillo*

Referencia: Expediente N°. 6645 Actor : Luz Inés Tangarife y otros

Indemnizaciones.

Procede la sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 26 de febrero de 1991, dictada por el tribunal de Risaralda, mediante el cual se dispuso:

"Primero: Declarar administrativamente responsable a la Nación - Ministerio de Defensa Nacional - Dirección General de la Policía de la muerte causada al señor Carlos Emilio Restrepo en hechos sucedidos el 20 de diciembre de 1.987 en la Celia, municipio del Departamento de Risaralda."

"Segundo: Se condena como consecuencia en concreto a la Nación - Ministerio de Defensa Nacional - Dirección General de la Policía a pagar por concepto de perjuicios morales a Luz Inés Tangarife, identificada con la cédula de ciudadanía número 24.953.942 de Pereira; Amparo Restrepo Tangarife, c.c. 25.202.292 de la Celia (R); a las menores Gloria Rocío, Gladys Elena, Claudia y Diana Lucia Restrepo Tangarife, representadas por su señora madre Luz Inés Tangarife, el equivalente a mil (1.000) gramos de oro a cada una; a Luís Alfonso Restrepo, portador de la c.c. 4.437.149 de la Dorada (C), el equivalente a quinientos (500) gramos de oro."

"Los valores de las condenas se determinarán por el valor del oro a la fecha de ejecutoria de esta sentencia. Las sumas así precisadas devengarán intereses comerciales durante seis (6) meses contados a partir de la ejecutoria de esta sentencia, y de ahí en adelante devengarán intereses moratorios."

"Tercero: Como consecuencia , se condena en abstracto a la Nación - Ministerio de Defensa Nacional - Dirección General de la Policía a pagar, por concepto de perjuicios materiales a Luz Inés Tangarife, c.c. 24.953.942 de Pereira; Amparo Restrepo Tangarife, c.c. 25.202.292 de La Celia (R); y a las hijas menores Gloria Rocío, Gladys Elena, Claudia y Diana Lucia Restrepo Tangarife, representadas por su señora madre, las sumas que resultaren de la liquidación que se haga conforme a los artículos 135, 136 y 137 del C. de P. Civil siguiendo para ello los derroteros que se señalaron en la parte motiva. Las sumas que se establezcan devengarán, hasta su pago, intereses comerciales durante seis (6) meses contados a partir de la ejecutoria de esta sentencia, y de ahí en adelante devengarán intereses moratorios."

"Cuarto: A esta sentencia se le dará cumplimiento dentro del término señalado en el artículo 176 del .C C. Administrativo. Para que ello se realice, se enviará copia al respectivo Agente del Ministerio Público."

Narra la demanda, en síntesis:

"Que el día 20 de diciembre de 1.987, el señor Carlos Emilio Restrepo, vecino del Municipio de la Celia, Departamento de Risaralda de profesión agricultor, se encontraba desde tempranas horas ingiriendo licor, y quien al sentirse asediado por dos miembros de la Policía Nacional les profirió palabras soeces. Inmediatamente los uniformados, comunicaron la situación a sus compañeros de estación, quienes optaron por salir al encuentro de Restrepo."

"La mencionada patrulla, integrada por los Agentes Hernán de Jesús González, Jorge Eliecer Trejos González, José Henao y José Marín Rivera, al divisar al señor Restrepo, lo sobrepasaron, propinándole el Agente González González, conductor de la patrulla, varios impactos que le trajeron como consecuencia la muerte al señor Restrepo.

El tribunal, luego de cumplir el trámite de la instancia, decidió en la forma indicada atrás. De ese fallo se destaca el siguiente aparte, escrito luego de un acertado análisis del acervo probatorio:

"La conducta asumida por el funcionario al servicio del Estado no fue precisamente la propia llamada a seguir y comprendida en el mandato imperante en el artículo 16 de la Constitución Nacional. Mientras que la norma le mandaba proteger la vida del ciudadano, su comportamiento apareció dado en contravía, causándole la muerte a quien en vida respondía al nombre de Carlos Emilio Restrepo. apodado "Carlos Cantina."

"Ese proceder irreverente, irreflexivo y desmedido vino a marcar una falla en el servicio; una actitud que no correspondía a la línea de conducta propia de la función pública que le correspondía desarrollar al Estado, representado en esa ocasión por su agente, su funcionario público. Campean en el expediente las pruebas acerca del comportamiento social del fallecido; lo conocía perfectamente la policía, era amigo de ellos, no era un antisocial. Además estaba ebria la persona ultimada; en esas condiciones la patrulla compuesta por cuatro representantes de la policía bien hubieran podido detenerlo, si era que ello procedía, sin causar un daño tan significativo: la muerte del mismo. El operativo en que esto se dio fue ligero, sin que se estuviera ante un hecho dueño de gravedad tal que lo ameritara, las pruebas no lo dicen y menos fue alegado. Se queja el propio comandante de la frivolidad dada cuando dijo, folio 132 "... yo personalmente salía con los agentes a hacer estos operativos. No sé por qué los Agentes se adelantaron a este caso a sabiendas de que yo siempre le digo al Comandante de guardia donde voy a estar para cualquier caso que me necesiten, como lo debieron haber hecho, mi sargento (sic) tenemos un tipo armado, acompáñenos, máxime que se trataba, de una persona como ya lo dije, muy conocida en dicha región."

"La presunta legítima defensa alegada en el inoportuno memorial de la parte demandada (fue presentado extemporáneamente) no quedó probada. Coinciden los testigos que vivieron lo dado al señalar que el occiso sí llevaba en sus manos un revólver, pero con dirección al suelo, no amenazó y mucho menos agredió a los uniformados; y, además estaba embriagado, pues permaneció ingiriendo licor desde las primeras horas del día. La policía, dicen ellos, lo habían podido capturar si lo sorprenden por detrás, pues él iba solo y los agentes le pasaron por un lado. El ya referido sub-oficial, folio 130 vto., le dijo a sus subalternos: "hombre por qué no bregaron a quitarle el arma, a desarmarlo, se le hubieran podido ir por detrás y le hubieran quitado el arma....""

"En relación con esta apreciación, el testigo Dorian de Jesús Osorio Molina, ante esta pregunta: Indique si la policía había podido sorprender a Carlos Emilio por detrás, contestó, folio 165: "Ellos lo habían podido sorprender por detrás porque el carro dio la vuelta y subía por detrás de él de Carlos Emilio y se adelantaron a él sin necesidad, ahí fue el momento en que Carlos Emilio retrocedió y el policía le disparó.""

"Ya quedó anotado que con el proceder reprochado se causó un daño: se segó la vida de un ciudadano, bien jurídicamente tutelado, el que, como lo ha dicho el H. Consejo de Estado, su Sección Tercera, tiene más valor que todo el universo inanimado, pues no hay en el mundo de la existencia nada más valioso que el hombre, que todo hombre, que cualquier hombre (Sentencia de octubre 19 de 1989, expedientes 1749, 1747 y 5462, Magistrado Ponente Doctor Julio César Uribe Acosta)."

La parte actora se conformó con el fallo; no así la parte demandada, quien apeló. La sustentación del recurso se hizo mediante escrito que obra a folios 232 y ss y en el cual se alega la legítima defensa como causal de exoneración de la entidad demandada. De ese escrito, se transcribe el siguiente aparte:

"Es el momento de esbozar las siguientes jurisprudencias:

"... La acción de resarcimiento de perjuicios por responsabilidad delictual está subordinada a la imputación proferida por un Juez del crimen y es esta prueba que es preciso llevar a juicio civil para obtener la indemnización previa" (Auto de 13 de julio de 1940. Corte Suprema de Justicia.)"

"El fundamento, con todo respeto, de la sentencia es sumamente débil, incompleta e ineficaz para sustentarla y justificarla legalmente, observo de ustedes Honorables Consejeros para darle mayor profundidad a este fallo ya que está haciendo carrera en la Justicia Contenciosa-Administrativa alegremente la condena contra la Nación, y se está

perfilando una especialización en los Abogados inescrupulosos de no sentir por el País un grado de sentimiento y buscar la responsabilidad administrativa de la Nación para que sea condenada y ganar a costa de sus clientes en forma fácil sus Honorarios. Es conveniente revisar las decisiones para no resquebrajar el presupuesto Nacional."

"Para demostrar la falta o falla del servicio no basta con probar que quienes incurrieron, como es este caso en la comisión de un delito son agentes de la administración, si no que es necesario probar que la falta o falla del servicio se produjo como consecuencia de la prestación del servicio y con ocasión de él."

"Como en mi sentir las exigencias a que alude la preinserta jurisprudencia no se dan en el asunto objeto de este recurso de alzada por falta de la plena prueba de "la falla del servicio", requisito sine quo non para la prosperidad de la acción incoada por el accionante, es por lo que con todo respeto invoco del Honorable Consejo de Estado, funcionario competente, revocatoria del fallo o sentencia de primera instancia y, en su lugar, se denieguen las pretensiones solicitadas en el respectivo libelo. Así se imparte pronta y cumplida justicia."

Así mismo presentó alegato de la misma entidad, tal como se observa a folios 239 y ss.

En dicho escrito se insiste en la culpa de la víctima y en compensación de culpas ante la circunstancia de no haberse aceptado por el a-quo la legítima defensa como causal de exculpación.

Tramitado el recurso de esta segunda instancia, es oportuno decidir. Para ello, se considera.

La fiscal séptima de la Corporación, Dra. Gloria Aldas Gracia, se muestra partidaria, en su vista de 4 de febrero del presente año, de la conformación del fallo apelado. Así, en dicho escrito conceptúa:

"Es así como para esta Agencia Fiscal, la conducta de los mencionados militares y especialmente, la del Agente González González, autor de los disparos contra el señor Medina, quien se desempeñaba para la época en que ocurrieron los hechos, como el conductor de la patrulla policial, fue excesiva y arbitraria, con el agravante de la diferencia numérica, pues, los miembros de la patrulla policial eran cuatro agentes mientras que el señor Medina se encontraba solo, y además como ellos mismos lo declaran, una vez ubicado éste, en una de las calles del municipio, procedieron a sobrepasarlo, pudiendo así, los agentes haber empleado un método de captura o sometimiento, distinto al de segarle la vida."

"Más aún cuando en forma expresa nuestra Carta Constitucional, consagra que las autoridades de la República están constituidas para proteger la vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades de todas las personas residentes en Colombia. Se tiene entonces, que la víctima, no representaba a pesar de su avanzado estado de embriaguez, un peligro tan inminente, que justificara bajo ninguna circunstancia, el proceder del Agente González González, quien le segó la vida."

"En el caso *sub-judice*, considera la Fiscalía, que se presenta en forma clara y contundente la falla del servicio, sin que tenga cabida, como lo pretende el Apoderado de la parte demandada, la legítima defensa por parte de los agentes de la Policía que conformaban la patrulla."

Para la sala, la sentencia será confirmada, pues el *a-quo* hizo un serio y ponderado análisis del acervo probatorio, tal como se expresó atrás.

Efectivamente, la falla del servicio resultó adecuadamente probada. El agente de policía Jesús González González, en misión de servicio, le dio muerte con su revólver al señor Carlos Emilio Restrepo, en condiciones que no hacían necesaria el uso del arma oficial, ya que por otros medios más civilizados y acordes con los mismos reglamentos de la institución, se había podido aprehender al citado ciudadano, quien, por su estado de embriaguez, pudo ser fácilmente dominado. Además, cuando el hecho ocurrió ninguno de los agentes corría peligro de muerte.

Tan cierto es esto que el comandante del puesto, sargento viceprimero Arturo Vásquez Fernández criticó duramente la torpeza de los agentes que culminó con la muerte de Carlos Emilio. Ese testimonio es bastante elocuente y para los efectos de este fallo se destaca:

"Que en el momento en que estábamos allí en el comedor no recuerdo si eran las seis y media o siete de la noche llegó un poco de gente a llamarme, me dijeron: Sargento, Sargento, mataron a Carlos cantina que así era como apodaban a Carlos Emilio Restrepo, así le decía la gente, yo de inmediato salí y me dirigí al Cuartel a enterarme de lo que había sucedido y sí, ya los agentes me dijeron que la gente, se corrige, el Agente González Luis Hernán había matado a Carlos Cantina. Yo me enfurecí con los Agentes y le dije al Agente González: Hombre Ud. por qué mató a ese Sr., hombre ese Sr. es muy conocido en esta región como buena persona, el agente me contestó en mal tono que si nos íbamos a dejar matar, yo le dije: hombre eso no se hace. A sabiendas de que ustedes iban cuatro policías y este señor al parecer se encontraba en estado de embriaguez, hombre porque no bregaron a quitarle el arma, a desarmarlo, se le hubieran podido ir por detrás y le hubieran quitado el arma y si era que los había irrespetado o tenían algún problema con dicho señor lo habían podido conducir al calabozo; de todas maneras

eso estuvo muy mal por parte de los agentes que intervinieron en el caso. Yo procedí al levantamiento del cadáver con el inspector de policía, a retener al Agente y a decomisarle el arma e informar de inmediato al Comando de la Policía de la Virginia y a los Comandos Superiores sobre dicho caso. Cuando yo le dije al Agente González sobre el por qué él había matado a Carlos Cantina, que cuales eran los motivos me contestó que era que le habían pedido una requisa a Carlos y que él había desenfundado un revólver y los había encañonado, pero como no iban sino dos agentes al principio, ellos dieron la vuelta en el carro de la estación y fueron por más refuerzos al Cuartel, me imagino yo para hacer el operativo. PREGUNTADO: Sírvase decirnos con qué arma fue muerto CARLOS EMILIO RESTREPO. CONTESTO: Fue muerto al parecer con revólver 38 largo, esa arma creo era de propiedad del Agente González Luis Hernán, no recuerdo bien. PREGUNTADO: Sírvase decirnos si el Agente HERNAN DE JESUS GONZALEZ se encontraba de servicio en ese momento. CONTESTO: Como el Agente González Luis Hernán era el conductor del vehículo de la Estación y más que ese día era el día de mercado en dicho Municipio (La Celia), él se encontraba disponible las 24 horas para efectos de salir a atender algún caso de policía que se presentara dentro de la jurisdicción."

No cambia el enfoque de este asunto, la absolución que en el proceso penal se le hizo al agente homicida por una supuesta legítima defensa. A este respecto la sala reitera la jurisprudencia que ha venido sosteniendo a este respecto y en la cual se concluye que la legítima defensa reconocida en el proceso penal no es causal de exculpación en los asuntos de responsabilidad estatal por falla del servicio, porque una es la normatividad que rige la conducta del funcionario que infringió la ley penal; y otra, diferente, la que rige o gobierna la responsabilidad del ente público por falla del servicio, aunque esa falla puede imputarse también a la conducta personal del mismo agente. A este respecto la sala se remite a su fallo de 23 de junio de 1991. (Proceso 6249 Ricardo A Serna. Ponente Carlos Betancur Jaramillo).

Tampoco acepta la sala que hubo culpa de la víctima, para concluir que la condena se puede reducir ("compensar", como impropiamente lo ha venido calificando la jurisprudencia de la Corte Suprema y de esta misma corporación).

El hecho de haber llevado en su mano Carlos Emilio un revólver al momento de su encuentro con los policías, no configura esa culpa, porque su comportamiento desde el incidente inicial con los agentes Alberto García G, y Leonel Arenas M. fue más defensivo que otra cosa, hasta el punto que ni siquiera trató de dispararlo cuando los agentes movilizados en un jeep lo sorprendieron cuando iba por la calle. Ningún testigo, salvo el mismo agente homicida en su injurada, afirma que la actitud de Restrepo fue en esos momentos agresiva o violenta que hiciera presagiar que estaba presto a accionar su arma.

Si a lo anterior se suma que Carlos Emilio era persona pacífica, de buen comportamiento social y amigo de todos (hasta de los agentes como lo declararan éstos mismos) y se encontraba en avanzado estado de embriaguez, ninguna justificación se le encuentra al proceder oficial.

El arma de Restrepo no fue disparada y de esto hay constancia en el expediente; como sí lo fue la de González. Aquí sobra alegar que no era oficial la accionada por este último o que no se demostró que lo fuera, porque para el caso es irrelevante. Si un agente de policía interviene en un operativo con arma de su propiedad y no con la que tiene asignada, aquella se oficializa en razón del servicio, por permisión de la misma autoridad y es como si fuera de dotación oficial.

No tiene sentido sostener que la falla desaparece porque el agente utilizó para cometer el hecho reprobable un arma no asignada como dotación.

Lo que se juzga en todos estos casos es el daño antijurídico que produce la conducta del agente en función del servicio público. Si cumple esa conducta con el arma de dotación, lo único que cambia es que puede presumirse la falla en lugar de que ésta tenga que probarse por quien quiere sacar avante sus pretensiones resarcitorias.

Los perjuicios

Sobre perjuicios morales, la sala no tiene objeción alguna. El tribunal los asignó según su arbitrio y de conformidad con la orientación jurisprudencial vigente.

En cuanto a los perjuicios de orden material, la sala observa:

No entiende porqué el *a-quo* no hizo la condena en concreto, cuando él mismo expuso las bases para esa liquidación, en forma tal que no le faltó sino aplicar las fórmulas adoptadas por la jurisprudencia.

Se le llama la atención así al tribunal porque esta misma sala ha venido sosteniendo que tanto las tablas de mortalidad de la Superintendencia o del Seguro Social como los índices de precios al consumidor que certifica mensualmente el Dane son hechos notorios que, por ser tales, se pueden tener en cuenta sin que estén presentes dentro del expediente.

Así la condena en concreto para la cónyuge supérstite y para sus cinco hijos será la siguiente, con base en el salario mínimo vigente para 1986:

ingresos: $ 20.509.80 (Decreto 3732/86)

Indices: Noviembre 87 = 76.84 (ind. i)

Junio/ 92 = 249.35 (ind. f)

$$Ra. = 20.509.80 \times \frac{249.35}{76.84} = \$\ 66.555$$

i = 0.004867

1- Indemnizaciones Debidas:

a) Para Luz Inés Tangarife de Restrepo (esposa)

n = Dic. 20/87 a Julio 20/92 = 4 años 7 meses = 55 meses

Ra = 66.555 - 25% = 49.916 (50%) = $ 24.958

i = 0.004867

$$S = \frac{Ra\ (1 + i)^n - 1}{i} = \frac{24.958\ (1.004867)^{55} - 1}{0.004867}$$

$$S = 24.958 \times \frac{0.3060871}{0.004867} = 24.958 \times 62.890302$$

S = $ 1.569.616.

b) Para Amparo Restrepo Tangarife (Hija):

Nació: Enero 12/70; Mayoridad: Enero 12/88

N = Dic. 20/87 a Enero 12/88 = 24 días.

n = 24 días = 0.8 meses

Ra = 24.958 (20%) = $ 4.992;

i = 0.004867

$$S = \frac{4.992\ (1.004867)^{0.8} - 1}{0.004867}$$

$$S = 4.992 \times \frac{0.0038917}{0.0048679}$$

S = $4.992 x 0.799609615 = $ 3.992

c) Para Gloria Rocío Restrepo Tangarife (Hija):

nació : Febrero 2/72; Mayoridad: Febrero 2/90

n= Diciembre 20/87 a Febrero 2/90 = 2 años 1 mes 14 días

n= 25.47 meses;

i = 0.004867

$$S = \frac{4.992\ (1.004867)^{25,47} - 1}{0.004867}$$

$$S = 4.992 \times \frac{0.1316331}{0.004867} = 4.992 \times 27.4604479$$

S = $ 135.014

d) Para Claudia Restrepo Tangarife (Hija):

Nació : Noviembre 4/78; Mayoridad: Noviembre 4/96

n = Diciembre 20/87 a Junio 20/92 = 55 meses

$$S = \frac{4.992\ (1.004867)^{55} - 1}{0.004867}$$

$$S = 4.992 \times \frac{0.3060871}{0.004867}$$

S = 4.992 x 62.89030203

S = $ 313.948

e) Para Gladys Elena Restrepo Tangarife (hija):

nació: Febrero 21/74; Mayoridad: Febrero 21/92

n = Diciembre 20/87 a Febrero 21/92 = 4 años 2 meses

n = 50 meses; Ra = $ 4.992 =

i = 0.004867

$$S = \frac{4.992 \times (1.004867)^{50} - 1}{0.004867}$$

$$S = 4.992 \times \frac{0.2747623}{0.004867}$$

S = 4.992 x 56.45414012

S = $ 281.819

f) Para Diana Lucia Restrepo Tangarife (hija):

Nació : Julio 4/80; Mayoridad: Julio 4/98

n = Diciembre 20/87 a Julio 20/92 = 55 meses

Ra = $ 4.992 ;

i = 0.004867

$$S = \frac{4.992 (1.004867)^{55} - 1}{0.004867}$$

$$S = 4.992 \times \frac{0.3060871}{0.004867}$$

S = 4.992 x 62.890302 = $ 313.948

2- Indemnizaciones Futuras:

a) Para Luz Inés Tangarife de Restrepo:

Vida Probable de Carlos Emilio Restrepo (Occiso):

Nació: Octubre 28/41; a la fecha de la muerte: 46 años

n = 29.04 x 12 = 348.48 - 55 = 293.48 meses

Ra = 24.958; i = 0.004867

$$S = \frac{Ra (1 + i)^n - 1}{i (1 + i)^n}$$

$$S = \frac{24.958 \times (1.004867)^{293.48} - 1}{0.004867\ (1.004867)^{293.48}}$$

$$S = 24.958 \times \frac{3.1574523}{0.02023432}$$

$S = 24.958 \times 156.0443988 = \$\ 3.894.556$

b) Para Claudia Restrepo Tangarife:

n = Julio 20/92 a Noviembre 4 /96 = 4 años 3 meses 15 días

n = 51.5 meses; Ra = $ 4.992; i = 0.004867

$$S = \frac{4.992\ (1.004867)^{51.5} - 1}{0.004867\ (1.004867)^{51.5}}$$

$$S = 4.992 \times \frac{0.28408}{0.0062496173}$$

$S = 4.992 \times 45.45558551 = \$\ 226.914$

c) Para Diana Lucia Restrepo Tangarife:

n = Julio 20/92 a Julio 4/98 = 5 años 11 meses 15 días

n = 5 años 11 meses 15 días = 71.5 meses

Ra = $ 4.992; i = 0.004867

$$S = \frac{4.992 \times (1.004867)^{71.5} - 1}{0.004867\ (1.004867)^{71.5}}$$

$$S = \frac{4.992 \times 0.4150239}{0.0068869213}$$

$S = 4.992 \times 60.26261953$

$S = \$\ 300.831$

RESUMEN:

1- Para Luz Inés Tangarife de Restrepo		
a) Indemnización Debida	$ 1.569.616	
b) Indemnización Futura	$ 3.894.556	$ 5.464.172
2- Para Amparo Restrepo Tangarife:		$ 3.992
3- Para Gloria Rocío Restrepo Tangarife		$ 135.014
4- Para Claudia Restrepo Tangarife		
a) Indemnización Debida	$ 313.948	
b) Indemnización Futura	$ 226.914	$ 540.862
5- Para Diana Lucia Restrepo Tangarife		
a) Indemnización Debida	$ 313.948	
b) Indemnización futura	$ 300.831	$ 614.779
c- Gladys Restrepo Tangarife:		$ 281.819

Por lo expuesto y de acuerdo con la fiscalía de la corporación, el Consejo de Estado Sala de lo contencioso Administrativo Sección Tercera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

FALLA:

1) Confírmase la sentencia de febrero 26 de 1991 dictada por el Tribunal administrativo de Risaralda, en sus ordinales primero, segundo, cuarto y quinto.

2) Revócase su ordinal tercero, el que quedará así:

Como consecuencia condénase en concreto a la misma entidad a pagar por concepto de perjuicios materiales, así: a la señora Luz Inés Tangarife de Restrepo la suma de CINCO MILLONES CUATROCIENTOS SESENTA Y CUATRO MIL CIENTO SETENTA Y DOS PESOS M/CTE ($5.464.172); a Amparo Restrepo Tangarife, la suma de TRES MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y DOS PESOS M/CTE ($3.992); a Gloria Rocío Restrepo Tangarife la suma de CIENTO TREINTA Y CINCO MIL CATORCE PESOS

M/CTE ($135.014); a GLADYS ELENA RESTREPO TANGARIFE la suma de DOSCIENTOS OCHENTA Y UN MIL OCHOCIENTOS DIECINUEVE PESOS M/CTE ($281.819); a Claudia Restrepo la suma de QUINIENTOS CUARENTA MIL OCHOCIENTOS SESENTA Y DOS PESOS M/CTE ($540.862); y a Diana Lucia Restrepo Tangarife la suma de SEISCIENTOS CATORCE MIL SETECIENTOS SESENTA Y NUEVE PESOS M/CTE ($614.779); representadas por su madre o por quien represente sus derechos.

Las condenas aquí impuestas devengarán intereses comerciales en los primeros seis meses a partir de la ejecutoria de este fallo y moratorios luego.

Expídanse las copias para su debido cumplimiento.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE.

Se deja constancia que esta providencia fue estudiada y a probada por la Sala en su sesión de fecha agosto trece (13) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Daniel Suárez Hernández, Presidente Sala; *Carlos Betancur Jaramillo, Juan de Dios Montes Hernández, Julio César Uribe Acosta.*

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

RESPONSABILIDAD POR DAÑO ESPECIAL/ CONSCRIPTO/ ACTIVIDAD PELIGROSA

La interpretación racional de los hechos, enseña que en desarrollo de la instrucción militar a que están obligados los ciudadanos en defensa y para el mantenimiento de las instituciones patrias, precisamente por el riesgo extraordinario a que están sometidas las personas y vinculadas a ese servicio entre otros por la manipulación de equipos y armas de suyo peligrosas, se produjo la muerte del conscripto. La víctima ingresó y prestaba su servicio militar obligatorio en buenas condiciones de salud, y dentro de las instalaciones militares fue muerto por un tiro hecho con un fusil de propiedad del Ejército Nacional. La posibilidad de perder la vida de una manera tan absurda no estaba ni es contemplada en las provisiones normales del servicio militar obligatorio, pues no obedeció a circunstancias propias de esa actividad como serían los enfrentamientos o combates con la subversión o la delincuencia común.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera

Santafé de Bogotá, D.C., Agosto veinte (20) de mil novecientos noventa y dos (1992)

Consejero Ponente : *Doctor Daniel Suárez Hernández*

Referencia: Expediente N°. 7156 Actor : Beltrán Cardona Henao y Otros.-

Decide la Sala el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia de 18 de octubre de 1991, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, Sección Segunda, mediante la cual dispuso:

"PRIMERO: Declarar administrativamente responsable a la Nación Ministerio de Defensa Nacional- de la muerte del Soldado del Ejército Nacional ALEX GERMAN CARDONA DELGADO, en hechos ocurridos el 24 de septiembre de 1989 dentro de las instalaciones de la Tercera Zona de Reclutamiento, ubicadas en el Batallón de Servicios número 3 de la ciudad de Cali.

"SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, condénase a La Nación - Ministerio de Defensa Nacional - a reconocer y pagar por concepto de PERJUICIOS MORALES, a BELTRAN CARDONA HENAO y MARIA ASCENCION DELGADO CASTILLO, o a quien sus derechos represente, padres del occiso Alex Germán Cardona Delgado, lo equivalente en moneda nacional a un mil (1.000) gramos oro para cada uno de ellos, y a SOL FRANCIA CARDONA DELGADO y COLOMBIA UBENIS CARDONA DELGADO, o a quienes sus derechos represente, hermanas del mismo, lo equivalente en moneda nacional de a quinientos -(500) gramos oro cada una, que se liquidarán al precio que certifique el Banco de la República a la fecha en que quede en firme esta Sentencia.

"TERCERO: Dése cumplimiento a la sentencia en la forma y término de los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

"CUARTO: Si no es Apelada, CONSULTESE". (143 y 144)

I. ANTECEDENTES PROCESALES

1. *La demanda.-*

Con fecha 9 de noviembre de 1990 BELTRAN CARDONA HENAO, MARIA ASCENCION DELGADO CASTILLO, SOL FRANCIA Y COLOMBIA UBENIS CARDONA DELGADO, obrando por conducto de apoderado especial y en ejercicio de la acción de reparación directa consagrada en el artículo 86 del C.C.A., formularon demanda en contra de la NACION -MINISTERIO DE DEFENSA -EJERCITO NACIONAL.

Solicitan declarar a la Nación patrimonialmente responsable de todos los daños y perjuicios morales ocasionados a raíz de la muerte violenta del joven soldado ALEX GERMAN CARDONA DELGADO, en hechos protagonizados por el también soldado JORGE DANILO AGUIRRE ACEVEDO, los cuales tuvieron ocurrencia el 24 de septiembre de 1989 dentro de las instalaciones del 24 de septiembre de 1989 dentro de las

instalaciones del Batallón de Servicios No. 3 de la Tercera Brigada del Ejército Nacional, con sede en la ciudad de Cali en el Departamento del Valle del Cauca.

Como consecuencia de esa muerte que se imputa a una falla del servicio a cargo del Ejército Nacional, los demandantes solicitan condenar al Estado a pagarles: a) Por perjuicios morales subjetivos, el precio equivalente en pesos a 1.000 gramos de oro fino, para cada uno de ellos y; b) Los intereses que se liquiden sobre la condena al pago de los perjuicios morales, a partir de la ejecutoria de la sentencia y hasta su pago efectivo, en aplicación del artículo 177 del C.C.A.

2. *Fundamentos de hecho.-*

Aparecen relacionados a los folios 16 a 19 y se reducen en síntesis a lo siguiente:

BELTRAN CARDONA HENAO y MARIA ASCENCION DELGADO, han sostenido desde tiempo atrás, de manera permanente y estable, relaciones concubinarias.

De esta relación COLOMBIA UBENIS nacida el 11 de diciembre de 1967, SOL FRANCIA, nacida el 14 de agosto de 1979 y ALEX GERMAN quien nació el 27 de febrero de 1972.

Hasta cuando la víctima fue llamada a prestar el servicio militar obligatorio, la familia CARDONA DELGADO convivía bajo el mismo techo y sostenían inmejorables relaciones de fraternidad, aprecio, solidaridad y mutua ayuda, que constituyen el fundamento para deprecar el resarcimiento de los daños y perjuicios que recibieron en su condición de parientes próximos del occiso.

Las circunstancias que rodearon el insuceso, se relatan así en la demanda:

"1o. Para el 24 de Septiembre de 1989, los señores JORGE DANILO AGUIRRE ACEVEDO y ALEX GERMAN CARDONA DELGADO, prestaban servicio militar, vinculados a la Tercera Zona de Reclutamiento, Batallón de Servicios No. 3 ubicada en la capital del Valle del Cauca.

"2o. A JORGE DANILO AGUIRRE ACEVEDO, le correspondía servicio de centinela, razón por la cual tomó con dicho fin el fusil galil de propiedad del soldado JUAN CARLOS GONZALEZ RUBIO.

"3o. Cuando transitaba por la Unidad Militar enunciada, y precisamente frente al Soldado ALEX GERMAN CARDONA DELGADO, se le

disparó el arma de dotación causándole gravísimas lesiones que casi de inmediato le ocasionan la muerte.

"4o. El hecho indiscutiblemente se debió a inobservancia de las reglas propias que rigen el porte de estos artefactos, los cuales deben ir en todo momento con el seguro y sin cartucho en la recámara, máxime cuando se está dentro de las instalaciones militares, pues ésta es norma de estricto cumplimiento que se imparte en la formación de los encargados de custodiar nuestra Patria.

"5o. El hecho se debió de acuerdo al enunciado anterior, a una típica falta o falla en el servicio o en la administración, pues el autor del hecho punible era un soldado de la República que estaba en ejercicio de sus funciones, debidamente uniformado y utilizó un arma de dotación oficial.

"6o. Por la muerte del soldado ALEX GERMAN CARDONA DELGADO, fue iniciada investigación de carácter penal por el Juzgado 48 de Instrucción Penal Militar, adscrito a la Tercera Brigada, vinculándose al sindicato mediante diligencia de indagatoria, proferido auto de detención y finalmente llamado a Consejo Verbal de Guerra, el que culminó con un veredicto afirmativo de responsabilidad, siendo condenado a dos (2) años de prisión por homicidio culposo.

"7o. Según el protocolo de Necropsia, firmado por el patólogo HERMES PINZON RIOS, adscrito al Instituto de Medicina Legal de Cali (V), la muerte se debió a herida abdominal por proyectil de arma de fuego con sección medular, línea 2, produciéndose una anemia aguda por sangrado Intra- Abdominal". (Fols. 16 a 18).

3.- Actuación procesal en la primera instancia.-

Notificada la NACION - MINISTERIO DE DEFENSA - EJERCITO NACIONAL de la providencia que admitió la demanda, estas entidades constituyeron apoderado especial a fin de que les representara en todo lo relacionado con el proceso, quien al contestar aquel libelo enfatiza que el Ejército Nacional si capacita, cuida e instruye a los hombre a su servicio, por lo que casos como el que ha originado esta controversia realmente escapan a su esfuerzo y con base en esas y otras similares reflexiones considera que la tragedia no se causó por una falla en el servicio y con el ánimo de acreditarlo, solicitó la práctica de pruebas (Fls. 48 a 51). Estas conjuntamente por auto de 7 de febrero de 1991, siendo allegadas de manera regular y oportuna a la actuación (fls. 59 y 60).

Transcurrido el término para acreditar los supuestos fácticos que constituyen el fundamento tanto de las pretensiones como de la impugnación, se corrió traslado del proceso con el objeto de que las partes pudieran alegar

de conclusión y la Fiscalía rindiera el concepto a su cargo (fl. 109); en el escrito que presentó para esa oportunidad, la parte actora solicita acoger las súplicas de la demanda pues aduce que en el proceso está debidamente establecido que la muerte del uniformado ALEX GERMAN CARDONA se produjo con un fusil Galil de propiedad del Ejército Nacional, indebidamente manipulado por otro militar. En tales condiciones, se destaca, el nexo instrumental entre ese óbito y la utilización de un arma perteneciente al ente público demandado compromete su responsabilidad, pues demuestra la existencia de una falla presunta del servicio, régimen del cual, hizo un prolijo estudio en el libelo introductorio del juicio.

En lo referente a la condena al pago de los perjuicios morales, enfatiza que procede su reconocimiento pues se hallan reunidos los requisitos exigidos para ese efecto por la doctrina y la jurisprudencia, o sea el parentesco y las relaciones de fraternidad entre los demandantes y el occiso (fls. 104 a 120).

Por su parte, la demandada presentó el memorial visible a los folios 121 a 124, en el cual pide exonerar de responsabilidad a la administración pues en su criterio el daño fue causado por falta personal del agente puesto que se demostró que el causante de la muerte del soldado Alex Germán Delgado fue su compañero de filas Jorge Danilo Aguirre Acevedo quien juzgado en Consejo Verbal de Guerra fue condenado por homicidio culposo. Es decir que a pesar de que el Ejército el brindó Instrucción Militar Integral, le enseño el manejo de su arma de dotación, le recalcó a diario el Decálogo de Seguridad de las armas de fuego (como lo afirma el mismo apoderado de la parte actora), lo ejercitó con polígonos regulares y reglamentarios y le enfatizó el hecho de mantener su fusil asegurado y descargado, el Soldado Aguirre incumplió con los reglamentos y generó el hecho del que se pretende responsabilizar a la Nación.

En su vista de Fondo, la Fiscalía del Tribunal con apoyo en la jurisprudencia de esta Corporación estima que en el caso de autos la administración inobservó sus obligaciones de vigilancia y cuidado en el manejo de las armas oficiales, causándose por ende la falla que se predica del servicio, con lo cual, comprometió su responsabilidad estando obligada a reconocer los perjuicios que reclaman las persona perjudicadas con ese evento dañino. En síntesis, considera que deben prosperar las súplicas de la parte actora (fols. 125 a 132).

4. *La sentencia.-*

En el fallo materia de esta consulta, visible a los folios 133 a 145, el Tribunal con base en el acervo probatorio deduce que como lo afirma la demanda el joven ALEX GERMAN CARDONA fue llamado a prestar servicio militar obligatorio y se incorporó a filas el 5 de enero de 1989, su muerte se produjo el 24 de septiembre del mismo año, a causa de una herida abdominal

de naturaleza esencialmente letal hecha con una bala de un fusil Galil que de manera culposa, por portar esa arma sin el debido seguro, le propinó su compañero el soldado JORGE DANILO AGUIRRE.

El mismo acopio probatorio, según el a quo, enseña que mediante "providencia de fecha de 16 de marzo de 1990 proferida por la Presidencia de Consejo Verbal de Guerra convocado para juzgar al Soldado Aguirre Acevedo Jorge Danilo, se le declaró penalmente responsable del delito de homicidio culposo del soldado Alex Germán Cardona Delgado, por lo que fue sancionado con pena privativa de la libertad conforme al Código Penal Militar (fls. 127 a 134 del cdno. número 2).

Para el fallador de primer grado, el caso *sub examine* no permite resolverlo bajo el régimen de la falla o falta probada o presunta del servicio, que además estaría desvirtuada con los antecedentes demostrativos que la entidad pública en todo momento asumió una conducta eficiente y diligente al impartir a los soldados una adecuada y repetida instrucción en el manejo de las armas de dotación. Con esas anotaciones y previa transcripción de la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre este particular, el Tribunal con aplicación de la teoría del daño especial declaró que la responsabilidad patrimonial de la administración está comprometida en los hechos y al efecto expresa:

> "En el caso *inexámine*, puede afirmarse que se comprometió la responsabilidad de la Nación por la presunción de responsabilidad que se le puede a esta imputar por el hecho de que los jóvenes que año tras año deben prestar el servicio militar obligatorio se ven sometidos a instrucción militar, lo cual implica el desarrollo de actividades que en sí mismos revisten gran peligrosidad, no sólo por los riesgos que ello implica para los que la reciben, sino además por la utilización de equipos y armas que ofrecen serios riesgos.
>
> "De manera pues que al haberse causado la muerte del joven Alex Germán Cardona Delgado cuando prestaba su Servicio Militar Obligatorio a manos de un compañero suyo, y por ende agente de la entidad demandada, en tiempo de servicio y con arma de dotación oficial, se comprometió la responsabilidad de la entidad estatal por lo que deberá resarcir el daño producido a los demandantes. No se acepta como causa exonerativa de La Nación la culpa exclusiva del agente por cuanto a pesar de que la entidad actuó diligentemente en cuanto a la instrucción misma impartida y en la práctica de revisiones constantes a las armas utilizadas por los reclutas, no puede desconocerse el hecho de que el soldado que culposamente produjo la muerte del joven Cardona Delgado también se encontraba prestando servicio militar obligatorio por lo que no puede exigírsele pericia en el manejo de armas igual que si fuera militar de carrera pues apenas estaba recibiendo la instrucción pertinente.

Además, porque las circunstancias alegadas como exonerativas por la demanda en el sistema de responsabilidad aplicado no se toman como tales". (fls. 141 y 142).

Establecida la responsabilidad de la Nación e igualmente el parentesco de los demandantes con el occiso, con fundamento en la presunción jurisprudencial del dolor para los padres y en virtud que las hermanas acreditaron suficientemente las especiales relaciones fraternales que tenían con la víctima, el Tribunal resolvió despachar favorablemente las súplicas hechas por los demandantes en la forma que se transcribió al comienzo de esta providencia.

Dentro del término que les concedió el ad quem para presentar sus alegatos de conclusión, tanto las partes como el Ministerio Público guardaron silencio (fls. 151 a 152).

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Sea lo primero advertir que la sentencia en grado de consulta habrá de confirmarse, en razón de que la Sala comparte en su integridad los análisis que hizo y las conclusiones a que allegó el Tribunal, desde el punto de vista sustantivo y probatorio, los cuales le permitieron deducir válidamente que se hallan reunidos los supuestos de la responsabilidad estatal en los hechos, que se tradujeron en un perjuicio para el patrimonio de los administradores, lesión que deberá ser reparada por la Nación.

Subsumida en el régimen de responsabilidad patrimonial de la administración por el daño especial, la realidad documentada en el acervo probatorio ilustra que se encuentran tipificados los supuestos fácticos de la pretensión principal de la demanda y que como consecuencia, ella está llamada a prosperar. La interpretación racional de los hechos, enseña que en desarrollo de la instrucción militar a que están obligados los ciudadanos de defensa y para el mantenimiento de las instituciones patrias, precisamente por el riesgo extraordinario a que están sometidas las personas y vinculadas a ese servicio entre otros por la manipulación de equipos y armas de suyo peligrosas, se produjo la muerte del conscripto Alex Germán Cardona.

Apreciados los medios de convicción, constituidos para este efecto, el certificado de defunción, el protocolo de necropsia, el informe de las autoridades militares sobre las circunstancias del accidente y la misma investigación penal que el organismo adelantó a raíz de los hechos, ésta tomada como simple indicio, permiten apreciar que la víctima ingresó y prestaba su servicio militar obligatorio en buenas condiciones de salud y que el 24 de septiembre de 1989, dentro de las instalaciones militares fue muerto por un tiro que recibió hecho con un fusil Galil, propiedad del Ejército Nacional; esa arma había sido asignada al soldado Jhon Carlos González y el también

soldado Jorge Danilo Aguirre Acevedo con total imprevisión, imprudencia y descuido la tomó e hizo el disparo fatal contra su compañero de armas Germán Cardona.

La posibilidad de perder la vida de una manera tan absurda no estaba ni es contemplada en las provisiones normales del servicio militar obligatorio, pues no obedeció a circunstancias propias de esa actividad como serían los enfrentamientos o combates con la subversión o la delincuencia común. Así las cosas, visto como está ese desenlace fatal ocurrió por fuerza de los riesgos normales de la instrucción o del mismo servicio militar, el daño es fundamentalmente, el resultado directo y necesario de la carga de riesgo excepcional que expone a los conscriptos a recibir perjuicios en condiciones anormales.

La responsabilidad de la administración en los hechos, se le reconoce sin eximentes ya que no planteó ni allegó prueba alguna que indique que no hay lugar a atribuírsele el daño o por lo menos no en forma exclusiva, es decir, en virtud de que no demostró que el insuceso se hubiera producido al configurarse alguna de las causales admisibles al régimen de responsabilidad que se aplica al asunto sub judice como sería la fuerza mayor, la culpa exclusiva de la víctima o de un tercero, en este evento, procedente sólo a condición de referirse a una persona ajena al servicio o incapaz de comprometerlo en su actuación. Visto lo anterior, no sólo es legal sino también lógico que la comunidad a la cual benefician los servicios que por mandato Constitucional y Legal le deben prestar las fuerzas armadas, asuma el pago de los perjuicios que recibieron los familiares cercanos del occiso.

Conforme a la actual posición jurisprudencial de la Corporación, en procesos de esta naturaleza el dolor y la aflicción se presume entre los parientes de la víctima hasta el segundo grado de consanguinidad y primero civil, ya sean ascendientes, descendientes o colaterales. Hecha la valoración de los medios de convicción pertinente, la parte actora se halla legitimada para obrar en el proceso al haber acreditado en legal forma el vínculo que dijeron tener con el occiso, hecho que permite presumir que se les causaron los perjuicios morales que reclaman; entonces, como no hay observación que hacer, se confirmará lo resuelto por el Tribunal respecto del monto de los perjuicios morales subjetivos que otorgó en el fallo consultado, en cuya evaluación se ajustó a los lineamientos jurisprudenciales sobre la materia.

El precio del gramo de oro que se tendrá en cuenta para el pago de los perjuicios materiales, será el interno para cuando cobre ejecutoria esta providencia, el que certificará el Banco de la República para entonces, a favor de cada una de las personas beneficiadas con su reconocimiento. A tal efecto la parte actora allegará con la cuenta de cobro, la citada certificación.

las sumas así concretadas por perjuicios morales, devengarán intereses comerciales dentro de los seis (6) meses siguientes a la ejecutoria de este fallo y moratorios transcurrido ese término.

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

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMASE la sentencia consultada, esto es, la de 18 de octubre de 1991, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, Sección Segunda.

SEGUNDO: Las sumas concretadas por perjuicios morales, devengarán intereses comerciales durante los seis (6) meses siguientes a la ejecutoria de este fallo y moratorios de ahí en adelante.

TERCERO: Con el objeto de que se de cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 176 y 177 del C.C.A., se expedirán copias de las sentencias, con constancia de su ejecutoria, con destino al Ministerio de Defensa-Ejército Nacional y a la parte actora, con las constancias previstas en el artículo 115 del C.P.C.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha, veinte (20) de agosto de mil novecientos noventa y dos (1992).

Daniel Suárez Hernández, Presidente de la Sala; *Carlos Betancur Jaramillo, Juan Montes Hernández, Julio César Uribe Acosta.*

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

CONSULTA-Improcedencia

El grado de consulta, el presente proceso no lo admite, pues en puridad de verdad en el fallo NO SE IMPONE OBLIGACION A CARGO DE NINGUNA ENTIDAD PUBLICA . Es verdad que la decisión le fue desfavorable a la administración, pero esta circunstancia no puede inferirse siempre que surja a cargo de ésta un DEBER JURIDICO. En casos como el presente lo que se vivencia es que, no le asistía la razón al Instituto Colombiano de la Reforma Agraria al proferir el acto administrativo. Nada más, pero tampoco nada menos. En la materia que se estudia no puede perderse de vista que la sentencia que desestima la demanda NADA INNOVA RESPECTO DEL CONTENIDO DEL DERECHO DEBATIDO EN EL PROCESO; innova en cuanto a su eficacia, certidumbre e imperatividad.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera

Santafé de Bogotá, D.C., Agosto veinte (20) de mil novecientos noventa y dos (1992)

Consejero Ponente : *Doctor Julio César Uribe Acosta*

Referencia: Expediente N°. 7441 Actor : Jorge Eliécer Tovar

Demandado: INSTITUTO COLOMBIANO DE LA REFORMA AGRARIA - INCORA -

Al entrar a discutir la sentencia orientada a desatar el grado de consulta, la Sala observa que el presente proceso no lo admite, pues en puridad de verdad en el fallo NO SE IMPONE OBLIGACION A CARGO DE NINGUNA ENTIDAD PUBLICA. Es verdad que la decisión le fue desfavorable a la administración, pero esta circunstancia no puede inferirse siempre que surja a cargo de ésta un DEBER JURIDICO. En casos como el presente lo que se vivencia es que, no le asistía la razón al INSTITUTO COLOMBIANO DE LA REFORMA AGRARIA al proferir el acto administrativo. Nada más, pero tampoco nada menos.

En la materia que se estudia no puede perderse de vista que la sentencia que desestima la demanda NADA INNOVA RESPECTO DEL CONTENIDO DEL DERECHO DEBATIDO EN EL PROCESO; innova en cuanto a su eficacia, certidumbre e imperatividad, como bien lo enseña Eduardo J. Couture, en su obra FUNDAMENTOS DEL DERECHO PROCESAL CIVIL,. Ediciones Depalma, Pag. 335, Al comentar el alcance del grado de CONSULTA el Dr. Carlos Betancur Jaramillo, en su Obra Derecho Procesal Administrativo, enseña:

"LA CONSULTA

"Aunque no es técnicamente un recurso, sí abre o implica un nuevo grado de jurisdicción de forzoso cumplimiento frente a aquellas sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos que declaren una obligación a cargo de cualquier entidad pública, tal como lo define el artículo 184 del C.C.A.

"Este enunciado, que si bien sigue los lineamientos de la consulta en el proceso civil (artículo 386, difiere de ésta en cuanto el código administrativo en lugar de hablar de sentencia adversa en la entidad pública exige concretamente que en la misma se imponga una obligación a su cargo. Pese a que en términos generales toda sentencia desfavorable impone una obligación o una serie de obligaciones a la parte vencida, puede darse el caso de que la sentencia no la implique tal como sucede con algunos negocios de impuestos nacionales (renta y complementarios) en que la obligación tributaria se disminuya en su cuantía o se declare que no existió y sin embargo no se ordena devolución de suma alguna. En estos eventos, es cierto, El estado tiene que conformarse con el recorte o la extinción del crédito fiscal que él mismo unilateralmente había creado, pero no más, precisamente porque la exigencia del pago previo ya no es requisito de la demanda. Aquí en lugar de imponerse una obligación en la sentencia se produce el fenómeno contrario, puesto que el fallo en esa forma concebida extingue total o parcialmente la obligación tributaria creada por la administración en el acto liquidatorio.

"Nos parece más técnica la fórmula empleada en el código de procedimiento civil y evita ciertamente los equívocos que deja la exigencia del administrativo. La adversidad de la sentencia es extremo de fácil inteligencia y para su deducción basta cotejar el fallo con la pretensión de la parte demandante.

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

RESUELVE:

1o.) Decrétase la nulidad de todo lo actuado a partir del auto calendado el día veintinueve (29) de Mayo de mil novecientos noventa y dos (1992), inclusive, por las razones dadas en los considerados de este proveído;

2o.) Ejecutoriado este auto devuélvase el expediente al tribunal de origen pues la sentencia no admite el grado de consulta.

COPIESE Y NOTIFIQUESE

Daniel Suárez Hernández, Presidente de Sala; *Carlos Betancur Jaramillo, Juan de Dios Montes Hernández, Julio César Uribe Acosta.*

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

RIFA/ PERMISO/ RESPONSABILIDAD SUBSIDIARIA/ RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO.

Si pese a haberse seguido la ejecución, el acreedor no hubiera logrado la solución de su derecho porque el deudor carecía de bienes o era insolvente, habría surgido la posibilidad de buscar a otros sujetos responsables en el siguiente orden: Primero, al garante si la rifa hubiera sido debidamente caucionada, previa la demostración de que el obligado principal no tenía bienes para responder al cumplimiento de la obligación; y segundo, a la entidad pública que otorgó el permiso. Si ésta no le exigió al dueño de la rifa el cumplimiento de los requisitos señalados en la ley para el efecto. En estos eventos la responsabilidad de la entidad pública es subsidiaria. Sólo surge cuando realmente se pueda hablar, luego de agotar las etapas indicadas, que el perjuicio se causó porque no existe otra vía para resarcirlo. En otras palabras, que la persona favorecida no pudo obtener el cumplimiento de la obligación ni la principal obligada (la dueña de la rifa) ni su garante.

ACCION DE REPARACION DIRECTA -Oportunidad/ **CADUCIDAD**

En estos eventos la oportunidad para instaurar la acción de reparación directa empezará a correr tan pronto se consume el perjuicio y no a partir de la celebración de la rifa. Concreción o consumación del perjuicio que se producirá tan pronto se constate la insolvencia del principal deudor, cuando como en el caso concreto, no se otorgó ninguna garantía.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera

Santafé de Bogotá, D.C., Agosto veintiuno (21) de mil novecientos noventa y dos (1992)

Consejero Ponente : *Doctor Carlos Betancur Jaramillo*

Referencia: Expediente N°. 6971 Actor : Rosaura Meléndez de Robayo.

Procede la Sala a conocer en grado de consulta la sentencia de 13 de agosto de 1.991 dictada por el tribunal administrativo de Santander, mediante la cual se dispuso:

"1°.- DECLARAR administrativamente responsable al Municipio de Bucaramanga por falla del servicio por perjuicios materiales causados a las demandantes ROSAURA MELENDEZ DE ROBAYO Y CARLINA CAMACHO PARRA, por los motivos aducidos en la parte considerativa de esta providencia.

"2°.- CONDENASE EN ABSTRACTO AL MUNICIPIO DE BUCARAMANGA al pago de los perjuicios causados a las demandantes citadas, los cuales causarán intereses comerciales dentro de los seis (6) meses siguientes a la ejecutoria de esta sentencia y de ahí en adelante intereses moratorios.

"3°.- DENIEGANSE las demás pretensiones de la demanda.

"4°.- En caso de no ser apelada consúltese con el superior."

Como hechos se narraron en el libelo presentado el 12 de octubre de 1.989, en síntesis, los siguientes:

1) Que el Club Deportivo Limitados Visuales solicitó y obtuvo permiso para celebrar la rifa de unos automotores.

2) Que la alcaldía impuso como obligación el otorgamiento de garantía para responder por la entrega de los premios ofrecidos, pero no exigió los requisitos pedidos por la Contraloría de Bucaramanga (resolución 001206 de noviembre de 1.986)

3) Que solamente aceptó como garantía un pagaré a la orden firmado por los señores Raimundo Antonio Angel y Jairo Adarme, el cual no se puede hacer efectivo por la insolvencia de éstos.

4) Que tampoco exigió la alcaldía el requisito señalado por el Ministerio de Salud en el decreto 537 de 1.974, artículo 7°. esto es la comprobación de la plena propiedad sin reserva de dominio de los bienes objeto de la rifa.

5) Que los demandantes con la boleta 7378 ganaron el primer premio seco, o sea Renault 4 Master, modelo 1.987.

6) Que ante los reclamos hechos, la Inspección de Rifas dictó la resolución 0002 ordenando hacer efectivo el pagaré de garantía, con resultados infructuosos, dada la insolvencia de los deudores.

7) Que por culpa y negligencia del Municipio de Bucaramanga, los beneficiarios se quedaron sin el premio que les correspondía y sufrieron perjuicios.

El tribunal, luego del trámite correspondiente, decidió en la forma indicada al principio de este proveído. De ese fallo se destacan las siguientes reflexiones:

"Observa la sala que el Municipio, omitió ciertas exigencias y es por ello que encontramos con los documentos que aportó el Club para acreditar el dominio o propiedad de los bienes objeto de la rifa no son idóneos, pues si bien aparecen expedidos por los concesionarios SANAUTOS Y CASA AUTOMOTRIZ LTDA. no sirven para acreditar el dominio de propiedad, pues en materia de vehículos automotores dicha calidad se demuestra es con la tarjeta de propiedad o certificación expedida por la autoridad de tránsito respectiva y la inscripción en el registro especial de tales bienes, más no con simples facturas como las que aquí se aportan.

"Al tenor de las previsiones legales establecidas en los literales c y d, antes transcritas, debía cumplirse con la exigencia de este tipo de garantía, otorgada por una Compañía de Seguros legalmente constituida en el país; lo que en esta situación ocurrió fue la aceptación de un pagaré otorgado por el mencionado club a través de sus representantes legales, que si bien puede aducirse contaba con el visto bueno de la Contraloría Municipal, de todas formas se estaban desconociendo mandatos jurídicos, como los referidos, y por ende, violándose disposiciones de carácter legal. Debemos recordar como el artículo 20 de la C.N. considera que los funcionarios públicos son responsables ante las autoridades, entre otras cosas por infracción de la ley. El sentido social de esos amparos es prevenir a la ciudadanía de los posibles fraudes que personas u organismos inescrupulosos pueden realizar frente a los particulares, por ello esas garantías tienen carácter legal."

"Las autoridades municipales tienen la obligación de garantizar y proteger a las personas en sus bienes y por ello se les ha conferido el control sobre la ejecución de rifas en su territorio, en consecuencia su deber no era otro que el de hacer cumplir las exigencias que impone el decreto nacional tantas veces citado.

"De este proceder irregular se deriva el daño ocasionado a las personas que hoy demandan, quienes creyeron en esa oportunidad, cuando compraron los boletos respectivos, que existía quien respondiera por los premios ofrecidos en el evento de resultar favorecidos; infortunadamente al no consultarse debidamente las normas jurídicas que amparan estos sorteos, se encontraron con una garantía otorgada por los representantes del club mencionado, que no podía satisfacer sus pretensiones.

"Por último debemos anotar que el nexo entre la falla en la prestación del servicio y el daño causado es deducible de las conductas que hemos explicado, pues evidentemente si el Municipio hubiera cumplido con los mandatos legales previstos en el Decreto 537 de 1.974, los accionantes tendrían a su favor una póliza expedida por una compañía de seguros que les respondería por los daños ocasionados. No obstante encontrarse acreditada plenamente la falla en el servicio por parte de la Administración Municipal, constitutiva de responsabilidad objetiva, es preciso aclarar que la relación sustancial de carácter contractual existe es entre quienes celebraron directamente el negocio jurídico de la rifa, esto es, el Club de Limitados Visuales de Bucaramanga CLIVIB, y las demandantes, y no entre estas últimas y el ente territorial demandado, por lo tanto la responsabilidad que le cabe al Municipio en estas circunstancias es por los daños y perjuicios que les haya causado al autorizar irregularmente el sorteo o rifa a que nos hemos venido refiriendo, mas no por el pago del premio o su equivalente en dinero que como pretensión exige la parte actora, ya que se trata de un contrato aleatorio cuyas partes están debidamente identificadas y los efectos del mismo son frente a quienes ostentan tal calidad en dicho negocio jurídico."

Como en dicho fallo se impuso condena en contra de la entidad demandada y las partes estuvieron de acuerdo, se envió el proceso en grado de consulta.

Tramitando lo de rigor, es oportuno decidir. Para ello, se considera:

Para la sala la apreciación del señor fiscal décimo de la corporación de que el asunto es de única instancia, no es aceptable. Aunque sin mucha precisión sí puede considerarse la cuantía como superior a los $3.500.000.oo, suma que a la presentación de la demanda hacía este de doble instancia. La actora se ganó un Renault 4 Master y tenía derecho, en primer término, a que se le entregara un vehículo cero kilómetros; vehículo que ya a la presentación de la demanda tenía un valor superior a la indicada suma.

Ni la parte actora ni la entidad demandada se hicieron sentir en esta segunda instancia.

Para la sala la sentencia será revocada, ya que el análisis hecho por el tribunal no se ajuste a la realidad procesal.

Cuando alguien efectúa una rifa, debidamente autorizado, se entiende, se constituye frente al ganador en el principal obligado a responder. Obligación típicamente contractual que le da al acreedor (la persona que resultó gananciosa) acción de cumplimiento contra el dueño de la rifa.

Acción que, cuando no se discute el resultado del sorteo ni la persona favorecida, es simplemente ejecutiva.

Para la sala la boleta ganadora presta mérito ejecutivo. Se entiende que el título es complejo.

A contrario sensu, cuando se discute el resultado mismo de la rifa o quién fue la persona ganadora, la acción será de conocimiento, de carácter contractual, y deberá ser instaurada por la persona que se cree beneficiaria, contra el dueño de la rifa, ante la jurisdicción ordinaria.

En el presente asunto nadie discute estos extremos. Las señoras Rosaura Meléndez de R. y Cristina Camacho P. fueron las ganadoras de la rifa con la boleta # 7378, que las hizo acreedoras al primer seco, o sea a un automóvil Renault 4 Master, modelo 1.987.

En estas condiciones debieron demandar al Club Deportivo de Limitados Visuales "Clivib" en juicio ejecutivo. No justifica esa no ejecución el hecho de que ese club sea institución sin ánimo de lucro y que haya manifestado desde un principio que no celebró la rifa ni era dueño de los objetos rifados.

En este orden de ideas, se debió agotar dicha etapa. Si con esa ejecución se hubiera logrado el cumplimiento de la obligación por parte del deudor no se habría producido el perjuicio y a nadie habría tenido que demandarse.

Pero si pese a haberse seguido la ejecución, el acreedor no hubiera logrado la solución de su derecho porque el deudor carecía de bienes o era insolvente, habría surgido la posibilidad de buscar a otros sujetos responsables en el siguiente orden: Primero, al garante se la rifa hubiera sido debidamente caucionada, previa la demostración de que el obligado principal no tenía bienes para responder al cumplimiento de la obligación; y segundo, a la entidad pública que otorgó el permiso. Si ésta no le exigió al dueño de la rifa el cumplimiento de los requisitos señalados en la ley para el efecto.

Aplicadas estas ideas al caso concreto, se observa:

a) Que el Club de Limitados Visuales de Bucaramanga celebró una rifa en dicha ciudad y que para el efecto obtuvo el permiso de dicho municipio,

quien no le exigió garantía alguna ni la prueba de ser dueño de los objetos que se iban a rifar.

b) Que las demandantes obtuvieron el primer premio seco con la boleta 7378 y se hicieron acreedoras al pago de un Renault 4 Master, modelo 1.987.

c) Que el mencionado Club negó el pago del premio, limitándose a decir que no había efectuado la rifa, porque se había limitado a prestar la razón social del club a la señora Esperanza Aldana de Adarme (dueña de la rifa, según el representante de dicho club) y que no era dueño de los vehículos sorteados.

d) Que hecho el reclamo ante el municipio, éste trató de ejecutar por jurisdicción coactiva a los deudores del pagaré (Jairo Adarme y Esperanza Aldana de Adarme) otorgado como "garantía", no logrando obtener el pago porque éstos carecían de bienes.

El derrotero que se deja sintetizado muestra que no se agotaron o cumplieron los pasos previos para poder estudiar la responsabilidad de la administración por una supuesta falla en el servicio, al otorgar un permiso sin el lleno de las exigencias legales.

Quiere la sala destacar que en estos eventos la responsabilidad de la entidad pública es subsidiaria. Sólo surge cuando realmente se pueda hablar, luego de agotar las etapas indicadas, que el perjuicio se causó porque no existe otra vía para resarcirlo. En otras palabras, que la persona favorecida no pudo obtener el cumplimiento de la obligación ni la principal obligada (la dueña de la rifa) ni de su garante.

Sucede en esto algo parecido a lo que se da en las obligaciones garantizadas con fianza; en las que deberá exigirse la obligación al deudor principal y sólo cuando ésta no esté en condiciones de hacerlo, podrá exigírsele el pago a la persona garante. Persona garante que, cuando sea requerida en primer término, podrá, incluso alegar el beneficio de exclusión.

Lo hasta aquí expuesto, pone de presente que la acción no está llamada a prosperar y que deberá revocarse la sentencia recurrida.

En estos eventos la oportunidad para instaurar la acción de reparación directa empezará a correr tan pronto se consume el perjuicio y no a partir de la celebración de la rifa. Concreción o consumación del perjuicio que se producirá tan pronto se constate la insolvencia del principal deudor, cuando, como en el caso concreto, no se otorgó ninguna garantía.

No obstante que no prosperará la acción la sala hace otras reflexiones adicionales, para destacar ciertos aspectos que no pueden pasarse por alto y que muestran que la conducta, tanto del Club Deportivo de Limitado Visuales

de Bucaramanga "CLIVIB" como la del municipio demandado, fue negligente e irresponsable y facilitó la maniobra que organizó la señora Esperanza Aldana de Adarme, quien, se dice por el mismo representante del Club, utilizó "el préstamo de la razón social" de éste, no sólo para efectuar la rifa, sino para obtener ciertas ventajas a nivel municipal (la exoneración de impuestos), que de otra manera no habría sido posible.

Deja ver lo precedente, asimismo, que el Club se prestó para ese "negocio", ya que no hizo siquiera la rifa y sólo se limitó a "alquilar o prestar" su razón social por una suma x de dinero.

Esa conducta deberá ser investigada, porque esto constituye un engaño para los que participan en rifas así organizadas, en las que se utiliza, falsamente, como pantalla una entidad de beneficencia o una institución de personas lisiadas, ya que los que de tal manera proceden saben que con ese señuelo atraen a personas que se sienten así partícipes de una obra altruista o de sentido social. Y esto es lo que aprovecharon, en el caso aquí analizado, los "vivos" para lucrarse en todo sentido con la oportunidad que les brindó la institución social y al final les permitió no responder por nada, porque ni siquiera figuraron oficialmente. Llegaron las cosas a tal extremo que por este sistema consiguieron la exoneración de los impuestos, perdieron así el ente municipal unos ingresos y ganando poco el titular de la rifa.

Como es obvio, esta investigación deberá cobijar al señor Jairo Adarme y a la señora Esperanza Aldana de Adarme, quien según declara el representante del Club (a folios 82) fue la dueña de la rifa.

También los funcionarios municipales de aquel entonces (alcalde municipal y secretario de Hacienda) deberán ser investigados por la Procuraduría por la forma irregular e ilegal como ejecutaron el acto de permiso para la rifa aquí estudiada, con lo que, además, el fisco municipal dejó de percibir unos impuestos.

Muestran los autos que el municipio omitió dos requisitos fundamentales: No exigió las garantías señaladas en la ley (un pagaré, y eso por valor insuficiente, no tiene este alcance) y no exigió la prueba de que el Club era el dueño de los bienes que decía rifar.

Si esa garantía se hubiera dado, ante el incumplimiento del Club, habría podido hacerse efectiva ésta y este litigio no se habría presentado.

También si el Club hubiera adquirido los bienes de la rifa, se habría facilitado su cumplimiento.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

1) Revócase la sentencia de 13 de agosto de 1.991, dictada por el tribunal administrativo de Santander. En su lugar, deniéganse las súplicas de la demanda.

2) Envíase copias de esta sentencia tanto a la Procuraduría General de la Nación como a la Fiscalía General, para que si lo consideran pertinente inicien las investigaciones de rigor por los hechos aquí estudiados.

COPIESE Y NOTIFIQUESE

Esta providencia fue aprobada por la sala en su sesión celebrada el día 20 de agosto de 1.992.

Daniel Suárez Hernández, Presidente de Sala*; Carlos Betancur Jaramillo, Juan de Dios Montes Hernández,* Ausente*; Julio César Uribe Acosta.*

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

FALLA DEL SERVICIO MEDICO/ FALLA DEL SERVICIO PRESUNTA/ ACTIVIDAD PELIGROSA/ DAÑO ANTIJURIDICO/ RESPONSABILIDAD PRESUNTA/ CARGA DE LA PRUEBA

Mientras en el evento de la responsabilidad por falla del servicio médico oficial se presume dicha falla, en el evento de los daños producidos por las cosas o actividades peligrosas, ya no juega la falla o la conducta irregular de la administración sino sólo el daño antijurídico, produciéndose así mas que una presunción de falta, una de responsabilidad. La exoneración de la carga de la prueba que implica la noción de falla presunta es apenas relativa, porque al actor le incumbe en tales casos probar como mínimo los supuestos que permiten la operancia de la presunción. Así, en el caso de que alguien alegare que resultó lesionado por una intervención quirúrgica inadecuada, deberá probar en términos generales, que se le prestó el servicio en tal fecha y que sufrió el daño cuya indemnización pretende. En los eventos de responsabilidad por el hecho de las cosas o de las actividades peligrosas al actor sólo le incumbe probar el perjuicio sufrido por la conducta oficial, o sea el daño y la relación causal; quedándole a la parte demandada, para exonerarse, únicamente la prueba de la fuerza mayor, la culpa exclusiva de la víctima o el hecho exclusivo del tercero. En otras palabras, no se exonera con la prueba de la diligencia y cuidado. En estos eventos se mira más el daño antijurídico producido que a la irregularidad o no de la conducta oficial.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera

Santafé de Bogotá, D.C., Agosto veinticuatro (24) de mil novecientos noventa y dos (1992)

Consejero Ponente : *Doctor Carlos Betancur Jaramillo*

Referencia: Expediente N°. 6754.- Indemnizaciones. Actor :Henry Enrique Saltarín Monroy

Procede la sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 10 de abril de 1.991, mediante la cual el tribunal administrativo del Atlántico denegó las súplicas de la demanda.

Súplicas que fueron formuladas en la demanda presentada el 13 de septiembre de 1.985, así:

" PRIMERO.- Que la causa de la muerte de la señora YOMAIRA BERMUDEZ LLANEZ o YAÑEZ, por paro cardiorrespiratorio, insuficiencia renal aguda y anemia aguda, es la consecuencia de la perforación de la arteria, en la operación cesárea a que fuera sometida por parte de los galenos del Instituto de los Seguros Sociales.

" SEGUNDO.- Que la interfecta sólo tenía ocho (8) meses de embarazo y que para ser sometida a intervención quirúrgica, ha debido pedirse el consentimiento tanto de la paciente, del esposo y del médico familiar.

" TERCERO.- Que la muerte de la señora YOMAIRA BERMUDEZ YAÑEZ o LLAÑEZ, se debió a la imprudencia de los médicos que practicaron la operación cesárea y a la negligencia posterior al no socorrerla en los momentos en que ésta agonizaba.

"CUARTO.- Que hubo fallas en la prestación del servicio médico por negligencia e incuria tanto en la operación practicada, como en la etapa postoperatoria, en donde no se le practicó ningún examen a la paciente.

" QUINTO.- Que el INSTITUTO COLOMBIANO DE LOS SEGUROS SOCIALES SECCIONAL ATLANTICO, son solidariamente responsables extracontractualmente por fallas en el servicio médico prestado a la señora YOMAIRA BERMUDEZ YAÑEZ o LLAÑEZ; y consecuencialmente de su obitamiento ocurrido en la ciudad de Barranquilla el día 6 de marzo del año que corre.

" SEXTO.- Que como consecuencia de lo anterior el INSTITUTO COLOMBIANO DE LOS SEGUROS SOCIALES SECCIONAL ATLANTICO, están en la obligación de pagar a mis representados: HENRY ENRIQUE SALTARIN MAURY, JUAN CARLOS, MARLYN JOHANA Y YOMAIRA SALTARIN BERMUDEZ, el valor

de los perjuicios morales y materiales sufridos por los mismos con ocasión de la muerte de su esposa y madre.

" SEPTIMO.- Que se condene en costas a los demandados."

En la misma demanda se narraron, en síntesis, los siguientes hechos:

1.- Que en agosto de 1.984 la señora YOMAIRA BERMUDEZ YAÑEZ, cónyuge del señor HENRY ENRIQUE SALTARIN M, fue sometida a unos análisis en el I.S.S. Las Palmas de Barranquilla, los que comprobaron el estado de embarazo. Fue atendida por el Doctor Diógenes Algarín (fl. 36).

2.- Que en febrero 24 de 1.985, el Doctor Diógenes Algarín la remitió al especialista Gineco-obstetra, quien la atendió el día 27 del mismo mes (fl. 108), y la programó para el día 5 de marzo a las dos y media de la tarde para practicarle una cesárea.

3.- Que el 4 de marzo la materna se sintió enferma se sintió enferma, con dolores estomacales, y fue llevada a las ocho y media de la mañana al I.S.S. Las Palmas, en donde fue puesta en observación (folios 84 y 89).

4.- Que el día 5 de marzo de 1.985 se le practicó cesárea, a eso de las cuatro de la tarde; a las 5.p.m. el señor Saltarín pretendió ver a su esposa, pero no se lo permitieron; no obstante, a escondidas y en compañía de Doris Palacio le pudieron visitar en la sala de recuperación donde la observaron " llena de sangre y botando sangre por sus genitales y tenía el estómago inflamado." (folio 37).

5.- Que el 5 de marzo por la noche llamaron al señor Saltarín al centro Los Andes del I.S.S. a donde había sido trasladada, para que se presentara pues había necesidad de una transfusión. A las 11 p.m. volvieron a llamarlo, pues iban nuevamente a operarla, pues su estado era muy delicado; la operación consistió en histerectomía abdominal (vaciado con extirpación de matriz) efectuada por el Doctor Antonio Montaño.

6.- A las 6 a.m. del día siguiente (marzo 6/85) le llamaron nuevamente para avisarle que la señora había fallecido. "

El tribunal, luego del trámite de la instancia, decidió en la forma anotada atrás y denegó las súplicas de la demanda.

Para el efecto, sostuvo a guisa de conclusión final:

"La credibidilidad se extiende a los apartes de los testimonios transcritos dado que guardan conformidad con las anotaciones que obran en la

historia clínica y a las cuales se ha hecho alusión en esta parte motiva. Tal convicción descansa en el hecho de que las anotaciones consignaron con fidelidad el tratamiento preoperatorio, operatorio y postoperatorio que se le brindó a la paciente.

"Las explicaciones precedentes demuestran que Yomaira Bermúdez, además del riego e incertidumbre que conlleva toda intervención quirúrgica, presentó una situación anterior que la hacía más propensa a sufrir complicaciones como las que le produjeron la muerte.

" Sobre el particular la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en sentencia de 24 de octubre de 1.990, con ponencia del Consejero doctor Gustavo de Greiff Restrepo, razonó así:

""....Es evidente que en la mayoría de las intervenciones quirúrgicas y los tratamientos médicos existe una cierta incertidumbre en cuanto a sus resultados y un riesgo que puede ocasionar un daño que deberá soportar el paciente pues de ellos no puede hacerse responsable a quienes los realicen o lleven a cabo, puesto que mal podría pensarse que ellos estén garantizando el riesgo o el éxito de la intervención o del tratamiento. Pero lo que sí debe ser cierto y quedar claro es que cuando tales intervenciones o tratamientos no se acomodan a los requisitos de diligencia y cuidado que para cada caso (sic) y en cada época recomiendan la ciencia de la medicina y el arte de la cirugía, es apenas natural que si el juez encuentra de las pruebas aportadas que esos requisitos faltaron y se produjo el daño, debe inferirse que tuvo como causa esa falta de acomodamiento... (Expediente No. 5902 Acción de Reparación Directa y Cumplimiento Actora: María Helena Ayala de Pulido. Demandado : Instituto de Seguros Sociales)""

" En conclusión, estima la sala, que en el presente caso no se demostró la falla del servicio de salud y es razón suficiente para que se despachen desfavorablemente las pretensiones de la demanda."

Descontenta la parte actora con lo decidido, interpuso apelación y lo sustentó a folios 343 y siguientes. Así mismo apeló el señor fiscal del tribunal (ver escrito a folios 333 y siguientes).

Cumplido el trámite de la segunda instancia, es oportuno decidir. Para ello se considera:

Para la señora fiscal octavo de la corporación, la sentencia merece ser revocada. Así, en su concepto de 19 de diciembre de 1.991 (a folios 732 y siguientes), anota:

" Al proceso se allegaron las declaraciones de los médicos que le practicaron cesárea y la histerectomía, doctores José Gutiérrez Albarino y Antonio José Montaño García, explicando el primero que la cesárea se imponía por habérsele practicado ya otras dos, y el segundo, que la paciente posteriormente se volvió hipertensa, se le aumentó el goteo de sangre y suero, que a las 9.p.m. presentó sangrado vaginal abundante, la revisó nuevamente y ordenó cirugía, practicándole paratomía exploradora, encontrando " hematoma del ligamento, infundíbulo pélvico izquierdo, por lo cual se le practicó histerectomía para detener el sangramiento. Agrega que luego fue trasladada a la sala de recuperación que es una sala especializada en el control de pacientes recién operados, se le ordenó suero Hartman que eleva la presión arterial, pero a pesar del tratamiento la paciente volvió nuevamente hipertensa, por lo cual se ordenó un potente elevador de la presión arterial, no obstante del tratamiento dado a la paciente se volvió inquieta y se le trasladó al Departamento de cuidados intensivos, y donde a pesar de éste a las 3 de la mañana del día 6 de marzo de 1.985 murió.

" Según los médicos, la atención y el tratamiento que se le dio a la señora Yomaira Bermúdez desde que ingresó a los Seguros Sociales fueron los adecuados, dado el estado que presentó.

" Pero esta Fiscalía concluye al igual que los recurrentes, que sí se presentó la falla en el servicio por omisión, por parte de la Entidad demandada en los servicios de salud que le prestaron a la señora Yomaira Bermúdez por lo siguiente:

" Según lo declarado por el Doctor Gutiérrez quien la atendió en primer lugar y le practicó la cesárea en la Unidad Las Palmas, esta Unidad es de atención intermedia apoyada por la U. Programática Institucional y solo está en condiciones de iniciar el manejo de una complicación, pero ésta debe continuarse en esta última unidad.

" Desde un principio se tenía conocimiento por parte de los Seguros Sociales, que el estado de la señora Yomaira Bermúdez era delicado, pues según su historia médica y la declaración del doctor Gutiérrez, ésta acudió a la Unidad de Las Palmas a las 9.a.m. del 5 de marzo de 1.985, porque desde las 5.a.m. tenía "expulsión de sangre en regular cantidad y en forma intermitente por los genitales externos"; ya se le había practicado dos cesáreas y podía esperarse que se presentaran complicaciones como sucedió.

" Pero es más, en la intervención cesárea se observó que el médico "marcado proceso varicoso a nivel del segmento anterior del útero, placenta previa insertada en cara anterior del segmento, abundante sangrado del segmento anterior por múltiples vasos" dando por terminada

la cirugía que empezó a las 3.P.M., a las 4:20 de la tarde; a las 5:30 P.M. estaba sangrando y continuaba haciéndolo hasta las 7:20 P.M., cuando se decidió enviarla a la U. Programática o sea que siguió desangrándose hasta cuando llegó a esta Unidad a las 8:20 P.M. y de allí sólo para el quirófano para la histerectomía a las 10:P.M. operación que según el doctor Montaño se imponía para detener el sangrado.

" Concluye ante lo explicado la Fiscalía que si la señora Bermúdez de Saltarín desde un principio hubiera sido enviada a la U. Programática Institucional, y allí se le hubiera practicado la cesárea se había podido posiblemente evitar su deceso, pues como quedó establecido era la Unidad adecuada para atender pacientes en casos de gravedad como el que tenía aquélla, ya que siendo una Unidad especializada contaba con más recursos que la primera, y que si hubiera sido atendida cuando llegó a esta Unidad con más diligencia y premura, se hubieran podido evitar las complicaciones que presentó, entre las de el desangre que sufrió que culminó con anemia aguda y fue una de las causas de su fallecimiento, como dio cuenta su certificado de defunción.

" En estas circunstancia es del parecer del Despacho, que se debe acceder a las pretensiones de la demanda, pues se configuró la falla en el servicio por omisión como se dijo en un principio, por parte de la entidad demandada."

Para la sala la sentencia no merece acogida, tal como pasa a explicarse:

La falla del servicio médico asistencial se manejó en un principio por la jurisprudencia de la sala dentro del campo ordinario de la falla probada del servicio (no presunta) y tomando como patrón las obligaciones de medio. En este sentido se dijo que le incumbía a la parte actora la carga de demostrar: a) Que el servicio no funcionó o funcionó tardía o irregularmente porque no se prestó dentro de las mejores condiciones que permitía la organización misma del servicio (su infraestructura) en razón de las dolencias tratadas, no sólo cuanto a equipo, sino en cuanto a personal médico y paramédico; b) Que la conducta así cumplida u omitida causó un daño al usuario y comprometió la responsabilidad del ente estatal a cuyo cargo estaba el servicio; y c) Que entre aquélla y éste existió una relación de causalidad.

Ejemplo de esta orientación jurisprudencial se observa en los últimos años, entre otras cosas, en la sentencias de septiembre 13 de 1.991 (Proceso 6253, actor Mérida Inés Domínguez de M. Ponente Carlos Betancur Jaramillo); febrero 14 de 1.992 (Proceso 6477; actor: Mariana Barazzutti Ch. ponente Carlos Betancur Jaramillo); marzo 26 de 1.992 (Proceso 6255, Actora Ana Ochoa de P. ponente Julio César Uribe Acosta); y marzo 26 de 1.992 (Proceso 6654, actor Fabiola Ariza de L. ponente Daniel Suárez Hernández)

Esta jurisprudencia empezó a cuestionarse de tiempo atrás. A este respecto se observa la sentencia de 24 de octubre de 1.990 (Proceso 5902 actor María Helena Ayala de P.), con ponencia del señor ex-consejero Gustavo de Greiff R. en la cual se inició el viraje hacia la tesis de la falla presunta, con sendas aclaraciones de voto de los señores consejeros Uribe Acosta y Betancur Jaramillo. Luego, en sentencia de 30 de julio de 1.992 (Proceso 6897 Actor: Gustavo Eduardo Ramírez) esta misma sala con ponencia del señor consejero Daniel Suárez Hernández, logró unificarse en torno a las ideas que se exponen a continuación:

"Ahora bien, por norma general le corresponde al actor la demostración de los hechos y cargos relacionados en la demanda. Sin embargo, con mucha frecuencia se presentan situaciones que hace excesivamente difícil, cuando no imposible, las comprobaciones respectivas, tal el caso de las intervenciones médicas, especialmente quirúrgicas, que por su propia naturaleza, por su exclusividad, por la privacidad de las mismas, por encontrarse en juego intereses personales o institucionales etc., en un momento dado se constituyen en barreras infranqueables, para el paciente, para el ciudadano común obligado procesalmente a probar aspectos científicos o técnicos profesionales sobre los cuales se edifican los cargos que por imprudencia, negligencia o impericia formula en el ejercicio de una determinada acción judicial, contra una institución encargada de brindar servicios médicos u hospitalarios.

" Sin duda, resultaría más beneficioso para la administración de justicia en general, resolver esta clase de conflictos, si en lugar de someter al paciente, normalmente el actor o sus familiares, a la demostración de las fallas en los servicios y técnicas científicas prestadas por especialistas, fueran éstos, los que por encontrarse en las mejores condiciones de conocimiento técnico y real por cuanto ejecutaron la respectiva conducta profesional, quienes satisficieran directamente las inquietudes y cuestionamientos que contra sus procedimientos se formulan.

" Podrán así los médicos exonerarse de responsabilidad y con ello los centros clínicos oficiales que sirven al paciente, mediante la comprobación, que para ellos, se repite, es más fácil y práctica, de haber actuado con la eficacia, prudencia o idoneidad requeridas por las circunstancias propias al caso concreto, permitiéndole al juzgador un mejor conocimiento de las causas, procedimientos, técnicas y motivos que llevaron al profesional a asumir determinada conducta o tratamiento.

"Esta, por lo demás, es la orientación moderna de algunas legislaciones, que pretenden en los casos de los profesionales liberales atribuir a éstos la carga de la prueba de haber cumplido una conducta carente de culpa.

" Precisamente, en relación con el tema comentado y su consagración en el "Proyecto de unificación de la legislación civil y comercial" de Argentina, el profesor Augusto M. Morello en su obra " La Prueba Tendencia Modernas", Editorial Platense- Abeledo Perrot, 1.991, páginas 84 y 85 escribe:

"" 1) En consonancia con las ideas hoy predominantes, se ha desplazado el eje de referencia hacia el consumidor jurídico -quien es el que recaba la tutela jurisdiccional- más que colocarlo en el vértice del operador (Juez o abogado) del fenómeno litigioso involucrado.

"" 2) Responde solidariamente a la más conveniente función razonablemente posible, del lado del consumidor e, igualmente, del lado del profesional accionado, con los concurrentes beneficios para el órgano destinatario de la prueba.

" Si como con acierto se ha puntualizado, en principio y como regla, no es otro que el médico y no el enfermo el que mejor conoce "cuál fue la situación al comienzo de la atención, qué terapia era la mas conveniente de acuerdo con el diagnóstico, qué dificultades se presentaron, con qué medios técnicos disponían, cuáles fueron las causas probables de la frustración, qué rol le cupo a la entidad sanatorial", la norma insinuada recoge esa evidencia de la situación real para reglamentarla en la asignación de un deber de cooperación (carga) que no significa, de por sí, atribuir culpa en el obrar del médico en el caso.

"3) Las dos anteriores se enlazan, así mismo, con la incidencia económica que tanto CALABRESI, como ALPA en su contexto más global y reparando en la dimensión social que lleva hoy la mayoría de los fenómenos jurídicos, advierten con claridad..."

Como se observa, la nueva jurisprudencia, que implica un trascendental avance en este campo, consagra en forma más técnica la noción de la falla presunta. Y aunque esta especie del genero falla del servicio se asemeja en cierta forma a la noción que se ha venido aplicando como tal con esa misma denominación (en los eventos de lesiones o muertes causadas por armas de dotación oficial o por vehículos automotores o líneas de conducción de energía), estima la sala que debe hacer algunas precisiones, porque entre una y otra existen matices diferenciales. Así:

Mientras en el evento de la responsabilidad por falla del servicio médico oficial se presume dicha falla, es decir se presume uno de los tres supuestos de esa responsabilidad (los otros, como se sabe, son el daño y la relación de causalidad), en el evento de los daños producidos por las cosas o actividades peligrosas, ya no juega la falla o la conducta irregular de la administración, sino sólo el daño antijurídico (artículo 90 de la C.N), produciéndose así mas que una presunción de falta, una de responsabilidad.

Esta distinción permite entender que en los casos de falla presunta dicha presunción, por admitir prueba en contrario, permite a la parte que se le atribuye el daño demostrar la diligencia y cuidado en su actuación, es decir, que actuó dentro de los cánones de la mayor eficiencia posible, sin culpa. En otros términos, cuando se habla de falla presunta se entiende que la responsabilidad sigue organizada sobre la noción de falla o falta del servicio como en el evento de la falla del servicio ordinaria, con la única diferencia de que el actor no tendrá que demostrar la conducta omisiva o irregular de la administración porque ésta se presume.

En cambio, cuando se habla de la responsabilidad por los daños producidos por las cosas o actividades peligrosas, en las que no juega ya la noción de falla, ni la probada ni la presunta, le incumbe a la demandada demostrar, para exculparse, la fuerza mayor, la culpa exclusiva de la víctima o el hecho de tercero, también exclusivo y determinante. Y por eso mismo se entiende que en estos casos no se pueda exonerar la administración demostrando la diligencia y cuidado. En otras palabras, estos eventos encuentran ahora en el derecho colombiano respaldo inequívoco en el artículo 90 de la Constitución.

La exoneración de carga de la prueba que implica la noción de falla presunta es apenas relativa, porque al actor le incumbe en tales casos probar como mínimo los supuestos que permiten la operancia de la presunción. Así, en el caso de que alguien alegare que resultó lesionado por una intervención quirúrgica inadecuada, deberá probar, en términos generales, que se le prestó el servicio en tal fecha y que sufrió el daño cuya indemnización pretende.

En este sentido, probados los supuestos o antecedentes de hecho que permiten la operancia de la presunción, el actor sacará avante sus pretensiones si la demandada no logra demostrar que actuó con toda la diligencia y el cuidado que la ciencia médica recomendaba para el caso, dentro de las mejores condiciones posibles que el servicio permitía razonablemente. En cambio, en los eventos de responsabilidad por el hecho de las cosas o de las actividades peligrosas al actor sólo le incumbe probar el perjuicio sufrido por la conducta oficial, o sea el daño y la relación causal; quedándole a la parte demandada, para exonerarse, únicamente la prueba de la fuerza mayor, la culpa exclusiva de la víctima o el hecho exclusivo del tercero. En otras palabras, no se exonera con la prueba de la diligencia y cuidado.

Se justifica esa diferencia de trato entre la falla presunta en los servicios médicos y la que puede desprenderse de las actividades o cosas peligrosas, porque si bien el ejercicio de la medicina en sí no puede calificarse como una actividad peligrosa, sí puede representar un gran riesgo para los pacientes por los imponderables que la rodean, por lo que significa para la integridad física y mental de las personas usuarias del servicio y porque, además, dichos pacientes no estarán en la mayoría de los casos en condición de evidenciar las fallas que puedan presentarse durante el proceso operatorio.

En cambio, cuando la responsabilidad se presume por el ejercicio o la utilización de cosas peligrosas o que en sí mismas representan un gran riesgo para los demás, como sucede, por ejemplo, con la utilización de vehículos automotores, armas oficiales de dotación, redes de conducción de energía etc., el que las utiliza o ejerce para provecho o beneficio suyo le impone a los demás una carga excepcional que no tienen porque soportar y si los daña debe resarcirlos (restablecimiento que se impone como una solución de equidad). De allí que en estos eventos se mire mas al daño antijurídico producido que a la irregularidad o no de la conducta oficial. Se aplica a estas situaciones el principio constitucional de la igualdad (art.13 de la Carta), cuyo rompimiento da lugar a la responsabilidad por esa clase de daño, sea lícita o no la actividad cumplida por el ente público.

Frente al caso concreto, se anota:

Se probó adecuadamente:

a) Que en el mes de agosto de 1.984 la señora Yomaira Bermúdez, cónyuge del señor Henry Enroque Saltarín, fue sometida a exámenes en el centro médico Las Palmas del I.S.S., los que comprobaron su estado de embarazo (8 meses)

b) Que el día 24 de febrero de 1.985 el Doctor Diógenes Algarín la remitió al especialista gineco-obstetra, quien la atendió el 27 de ese mismo mes y la programó, dados los antecedentes que mostraba (dos cesáreas anteriores), para practicarle la tercera cesárea, el día 5 de marzo, a las 2 y media de la tarde.

c) Que el día señalado, a eso de las 4.p.m. se le practicó la operación y se le impidió a su cónyuge visitarla.

d) Que ese mismo día, en las horas de la noche, la señora Bermúdez fue trasladada el Centro Los Andes del I.S.S. para hacerle una transfusión de urgencia; que de allí se llamó al señor Saltarín dos veces consecutivas, la última a eso de las 11 p.m., para informarle que dado su estado delicado, la tenían que operar de nuevo.

e) Que efectivamente se le hizo una histerectomía abdominal (vaciado con extirpación de matriz) por el Doctor Antonio Montaño.

f) Que a las 6 a.m. del día 6 se le informó al señor Saltarín que su cónyuge había fallecido.

Los supuestos narrados y bien probados permite aplicar con todo rigor la noción de falla presunta. En otros términos, se presume que el servicio médico del I.S.S. funcionó en forma irregular e inadecuada; que ese

funcionamiento causó la muerte de la señora Bermúdez de Saltarín y produjo perjuicios a sus damnificados.

En parte alguna aparece la prueba que la víctima recibió una esmerada atención, sujeta a los más rigurosos cánones de la ciencia médica, y que pese a ello murió.

Por el contrario el expediente muestra que el servicio no sólo funcionó mal sino increíblemente mal como pasa a explicarse:

En primer término, porque pese al diagnóstico médico de que una tercera cesárea revestía por esa sola razón " riesgo obstétrico establecido ", no se le practicó en el Centro Unidad Programática Institucional que contaba con mayores medios y recursos, sino en una unidad auxiliar o intermedia. Aquí se pregunta la sala, por qué las dos primeras se le practicaron en dicho Centro y no la tercera, obviamente la más delicada ? Porqué se le operó en Las Palmas, si allí no existían todos los medios adecuados ?

En segundo, porque pese a estar señalada la operación para el día 5 de marzo a las 2 y media, nada se había dispuesto; y si se cumplió horas mas tarde no fue en cumplimiento de ese programa, sino por haberse agravado repentinamente la paciente. Como es obvio, por falta de programación no se tomaron las medidas necesarias, aconsejables y adecuadas para cubrir "el riesgo obstétrico establecido " y como consecuencia de ello advino el deceso. Obsérvese, que en los registros y programas de dicha semana no aparece siquiera el nombre de la señora Yomaira Bermúdez (ver inspección judicial a folios 51 y siguientes C.#2).

En tercer lugar, por qué no se demostró que, pese al estado que presentaba la paciente ("especialísimo" por el peligro que encerraba el tercer embarazo y parto por cesárea por el sangrado pre a que hizo referencia el Doctor Gutiérrez), hubiera recibido el necesario y adecuado cuidado entre las 8 y media de la mañana del 4 de marzo (fecha de ingreso por fuertes dolores abdominales) y el 5 a las 4 p.m. cuando se le practicó la primera operación.

En cuarto lugar, por qué pese al postoperatorio que tuvo la paciente, con abundante sangrado, sólo fue remitida a la Unidad Programática Institucional (centro mejor dotado desde el punto de vista médico) varias horas después a eso de las 9 p.m., para que se le detuviera la hemorragia por medios quirúrgicos (histerectomía abdominal); lo que dio por resultado la aplicación de anestesia por dos veces consecutivas en menos de 12 horas; mediando la circunstancia que ni siquiera existía suficiente provisión de sangre para las transfusiones requeridas.

El recuento anterior muestra una vez más el cuadro de postración a que ha llegado el servicio médico oficial. El asunto revela una dolorosa realidad

y una notoria ineficiencia en el citado servicio, el cual es deshumanizado y frío y clama más que por un cambio de infraestructura (que también la requiere a gritos) por un cambio de alma, de moralidad y aún de mentalidad.

Lo procedente da a entender que el fallo será revocado. El tribunal no quiso ver más allá de lo que declararon los médicos del I.S.S., obviamente interesados en cubrir con tierra otro nuevo desacierto.

La sala se orientó, fuera de lo que muestra el expediente, en los conceptos fiscales de primera y segunda instancia, los que revelan estudio y buen sentido de justicia.

Los perjuicios

Los de índole moral se infieren de la relación parental y por ese solo hecho. Así, se condenará al máximo reconocido en estos casos para el cónyuge y los hijos de la señora Yomaira Bermúdez, o sea de a 1.000 gramos oro para cada uno, en su equivalencia en pesos colombianos.

Así mismo se condenará al pago de perjuicios materiales a favor de sus hijos, ya que se demostró que la señora Yomaira trabajaba en su salón de belleza, en el cual devengaba una suma aproximada a los $27.000.oo. A este respecto pueden verse las declaraciones de Doris Esther Palacio (a folios 41 y siguientes), María Antonia Reyes de H. (a folios 46 y siguientes) y Zoneida de Ariza (a folios 63 y siguientes)

En estas condiciones, descontado el 50% que se estima la señora Bermúdez gastaba en su propia subsistencia, sus tres hijos tendrán derecho a una indemnización correspondiente al 50% restante, hasta la mayoría de edad. Al cónyuge nada se le reconocerá por este concepto porque no dependía de la señora Bermúdez y además percibía por su trabajo sus propios ingresos. Esto explica el porqué se le señala a la señora Bermúdez el aludido porcentaje para su propia subsistencia. Es normal que cuando ambos cónyuges perciben ingresos por su trabajo, el margen que reservan para su propia subsistencia sea mayor.

En estas condiciones la condena actualizada, según lo pedido (a folios 20 cuaderno principal), quedará así:

Ingresos $27.000.oo

Indices : Marzo/85 = 50.01; julio /92 = 254.33

$$Ra = R \frac{\text{ind.f.}}{\text{ind.f}}; \quad Ra = 27.000 \times \frac{254.33}{50.01} = 27.000 \times 5{,}0855828$$

Ra = $137.310.74

Ingresos = $137.310.74 - 50% = 68.655.37

1.- Indemnización Debida:

a) Para Juan Carlos Saltarín Bermúdez (hijo):

n = Marzo 6/85 a Agosto 20/92 = 7 años 5 meses 15 días

n = 89,5 meses; Ra = 22.885.12; i = 0.004867

$$S = \frac{22.885.12\ (1.004867)^{89.5} - 1}{0.004867}$$

$$S = 22.885.12 \times \frac{0.5442524}{0.004867}$$

S = 22.885.12 x 111.8250256 = 2' 559.125.13

b) Para Marlyn Johana Saltarín Bermúdez (hija):

Igual suma a la de su hermano, es decir, $2'559.125.13

c) Para Yomaira Saltarín Bermúdez (hija) :

La misma suma que la de sus hermanos o sea $2'559.125.13

2.- Indemnización futura:

a) Para Juan Carlos Saltarín Bermúdez (hijo):

Nació : Agosto 31/82 (folio 8 cuaderno 2); Mayoridad: Agosto 31/ 2.000

n = Agosto 20/92 a Agosto 31/2.000 - 8 años = 96 meses

Ra = 22.885,12; i = 0.004867

$$S = \frac{22.885.12\ (1.004867)^{96} - 1}{0.004867\ (1.004867)^{96}}$$

$$S = 22.885.12 \times \frac{0.5937642}{0.0077568503}$$

S = 22.885.12 x 76.54707774 = $1'751.789.06

b) Para Marly Johana Saltarín Bermúdez (hija):

Nació = Enero 7/81 (folio 10 Cdno.2); Mayoridad : Enero 7/99

n = Agosto 20/92 a Enero 7/99 = 6 años 4 meses 17 días

n = 76,5 meses; Ra = 22.885.12; i = 0.004867

$$S = \frac{22.885.12\ (\ 1.004867\ )^{76.5} - 1}{0.004867\ (\ 1.004867\ )^{76.5}}$$

$$S = 22.885.12 \times \frac{0.4497953}{0.0070561537} = 22.885.12 \times 63.7451172$$

S = $1'458.814.66

c) Para Yomaira Saltarín Bermúdez (hija) :

Nació: Marzo 5/85 (folio 11, cuaderno 2); Mayoridad: Marzo 5/2.003

n = Agosto 20/92 a Marzo 5/2.003 = 10 años 6 meses 15 días

n = 126,5; Ra = $22.885.12; i = 0.004867

$$S = \frac{22.885.12\ (\ 1.004867\ )^{126.5} - 1}{0.004867\ (\ 1.004867\ )^{126.5}} = 22.885.12 \times \frac{0.848144}{0.0089949}$$

S = 22.885.12 x 94.29169862 = 2'157.876.84

S = $2'157.876.84

RESUMEN:

Para Juan Carlos Saltarín Bermúdez :

a) Indemnización Debida $ 2'559.125.13

b) Indemnización futura $ 1.751.789.06 $ 4'310.914.19

2.- Para Marlyn Johana Saltarín Bermúdez :

a) Indemnización Debida $ 2'559.125.13

b) Indemnización futura $ 1.458.814.66 $ 4'017.939.79

3.- Para Yomaira Saltarín Bermúdez :

a) Indemnización Debida $2'559.125.13

b) Indemnización futura $ 2'157.876.84 $ 4'717.001.97

GRAN TOTAL.... $ 13'045.855.95

Por lo expuesto y de acuerdo con los agentes del Ministerio público tanto de primera como de segunda instancia, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Revócase la sentencia de 10 de abril de 1.991 dictada por el tribunal administrativo del Atlántico.

En su lugar, se dispone :

a) Declárase responsable al Instituto de los Seguros Sociales de la muerte de la señora Yomaira Bermúdez Yáñez (o Llanez), con ocasión de los hechos narrados en la demanda.

b) Como consecuencia, se le condena a pagar a las siguientes personas por concepto de perjuicios morales : a Henry Enrique Saltarín Maury, Juan Carlos, Marlyn Johanna y Yomaira Saltarín Bermúdez, de a 1.000 gramos oro para cada uno, en su equivalencia en pesos colombianos.

c) Condénase igualmente a pagar por concepto de perjuicios materiales las siguientes sumas: A JUAN CARLOS SALTARIN BERMUDEZ CUATRO MILLONES TRESCIENTOS DIEZ MIL NOVECIENTOS CATORCE PESOS M/CTE ($4'310.914.oo); a MARLY JOHANNA SALTARIN BERMUDEZ CUATRO MILLONES DIEZ Y SIETE MIL NOVECIENTOS CUARENTA PESOS M/CTE ($4.017.940.oo); y a YOMAIRA SALTARIN BERMUDEZ CUATRO MILLONES SETECIENTOS DIEZ Y SIETE MIL DOS PESOS M/CTE ($4'017.002.oo)

d) Las condenas impuestas deberán pagarse en los términos de los artículos 176 y 177 del c.c.a y devengarán intereses comerciales en los primeros seis meses siguientes a la ejecutoria de este fallo y moratorios luego.

El Banco de la República deberá certificar el valor nacional del oro fino, a la fecha de ejecutoria de este fallo.

Expídanse las copias para su debido cumplimiento.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE.

Esta providencia fue aprobada por la sala en su sesión celebrada el día 20 de agosto de 1.992

Daniel Suárez Hernández, Presidente Sala;, *Carlos Betancur Jaramillo, Juan de Dios Montes Hernández, Julio César Uribe Acosta.*

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

FALLA DEL SERVICIO DE POLICIA

Los autores de las muertes fueron agentes de policía y para la comisión del ilícito no medió justificación alguna y si, parece, un afán de "limpieza social". Los agentes homicidas estaban adscritos al cuerpo de policía judicial y al cuarto distrito del Departamento de Policía Nariño, y esa noche cumplían labores propias del servicio. La actividad de los agentes no puede desvincularse del servicio. La conducta oficial se cumplió en horas de servicio, y por agentes vinculados al distrito de Policía División Nariño y uno de ellos vestía traje de civil la noche de los hechos. La entidad demandada no probó y ni siquiera alegó causal alguna de exculpación.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera

Santafé de Bogotá, D.C., Agosto veinticuatro (24) de mil novecientos noventa y dos (1992)

Consejero Ponente : *Doctor Carlos Betancur Jaramillo*

Referencia: Expediente Nº. 7135.- Indemnizaciones. Actor : Florinda Meza y Otros.-

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de octubre 16 de 1.991 dictada por el tribunal administrativo de Nariño, mediante la cual se dispuso:

"PRIMERO.- DECLARAR QUE LA NACION COLOMBIANA - Ministerio de Defensa Nacional -Policía Nacional -, es

administrativamente responsable por la muerte de los señores WILSON SIDNER GAMINARA PRADO y LUIS ALBERTO SANCHEZ MEZA, causadas como consecuencia de los hechos perpetrados en la ciudad de Tumaco (Nariño), el 3 de agosto de 1.988, por parte de los agentes de la Policía Nacional JOSE JARVIN CUERO CORTES Y GONZALO NAZARENO VIVAS, adscritos al Departamento de Policía Nariño.

"SEGUNDO.- CONDENAR como consecuencia de la anterior declaración a la NACION COLOMBIANA, con cargo al presupuesto del MINISTERIO DE DEFENSA -POLICIA NACIONAL, a pagar a los demandantes SOLEDAD PRADO DE GAMINARA, en su condición de madre del extinto WILSON SIDNER GAMINARA PRADO como indemnización por concepto de perjuicios morales subjetivos la de MIL (1.000) GRAMOS DE ORO; QUINIENTOS (500) GRAMOS DE ORO para cada uno de sus hermanos PABLO ALBERTO GAMINARA PRADO, LUIS FERNANDO GAMINARA PRADO, VILMA DOLORES GAMINARA PRADO, RUTH MARINA GAMINARA DE SALAZAR, MARTHA LUCIA GAMINARA PRADO y FRANKLIN PERCY GAMINARA PRADO.

"TERCERO.- CONDENAR a la NACION COLOMBIANA, con cargo al presupuesto del MINISTERIO DE DEFENSA-POLICIA NACIONAL, a pagar a los demandantes FLORINDA MEZA, en su condición de madre del occiso LUIS ALBERTO SANCHEZ MEZA como indemnización por concepto de perjuicios morales subjetivos, la cantidad de MIL (1.000) GRAMOS DE ORO; QUINIENTOS (500) GRAMOS DE ORO para cada uno de sus hermanos JESUS ENRIQUE SANCHEZ MEZA, CARLOS IGNACIO SANCHEZ MEZA, DOLORES ESNEDA SANCHEZ MEZA y ANA LIDIA SANCHEZ MEZA; y, DOSCIENTOS CINCUENTA (250) GRAMOS DE ORO para cada uno de sus medios hermanos MARTHA LUCIA RAMOS MEZA, EPIFANIO RAMOS MEZA, LIDER MARIA RAMOS MEZA y NANCY RAMOS MEZA.

"La equivalencia en pesos se determinará con la certificación del Banco de la República sobre el valor de gramo de oro en el mercado internacional a la fecha ejecutoriada de esta providencia.

"CUARTO.- CONDENAR en abstracto a la NACION COLOMBIANA con cargo al presupuesto del MINISTERIO DE DEFENSA-POLICIA NACIONAL, a pagar a los demandantes por concepto de perjuicios materiales, las cantidades que se liquiden en el incidente de regulación, con consentimiento a las pautas indicadas en la parte motiva de esta providencia.

"El trámite de la liquidación de la condena en abstracto deberá cumplirse mediante el incidente regulado en el artículo 137 del Código de Procedimiento Civil y deberá presentarse dentro del término de dos meses contados dentro de la ejecutoria de esta sentencia y con sujeción a las pautas indicadas.

"QUINTO.- LA ENTIDAD DEMANDADA podrá repetir contra sus agentes JOSE JARVIN CUERO CORTES y GONZALO NAZARENO VIVAS la cantidad a la que fuere condenada.

"SEXTO.- LA NACION COLOMBIANA -MINISTERIO DE DEFENSA -POLICIA NACIONAL, dará cumplimiento a lo dispuesto en este fallo dentro de los términos indicados en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo, con las consecuencias obligadas en caso de no cumplimiento oportuno.

"SEPTIMO.- Por Secretaría compúlsense copias de este fallo y envíense a la Dirección de Instrucción Criminal en Pasto y a la Procuraduría Regional del Departamento de Nariño, con el objeto de que sirvan adelantar las investigaciones penal y disciplinaria respectivamente.

"Si este fallo no fuere apelado se consultará con el H. Consejo de Estado.

"Copias de esta providencia se enviarán al MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL-POLICIA NACIONAL, FISCALIA DEL TRIBUNAL, DIRECCION DE INSTRUCCION CRIMINAL EN PASTO Y PROCURADURIA REGIONAL DEL DEPARTAMENTO DE NARIÑO."

En la demanda, presentada el día 13 de diciembre de 1.990, se narran como hechos centrales los siguientes:

"En la noche del 2 de agosto de 1.988 el señor LUIS ALBERTO SANCHEZ MEZA se reunió con varios amigos a departir alegremente en casa de WILSON SIDNER GAMINARA PRADO, situada en el barrio El Huerto de la ciudad de Tumaco, persona que se dedicaba a la Panadería, como él, estando también JAIRO DEMECIO y otros, quienes libaron algunas copas de licor y tocaron música de cuerda.

"Hacia las 3 de la mañana del día 3 de agosto, el Sr. LUIS ALBERTO SANCHEZ MEZA salió en compañía de su amigo WILSON SIDNER GAMINARA PRADO de la casa de El Huerto con el ánimo de conseguir otra media de aguardiente, ya que el licor se les había agotado, y cuando transitaban por una de las calles vecinas, aproximadamente a dos cuadras de la casa, hizo su aparición una moto en la cual se desplazaban dos agentes de la Policía Nacional, vistiendo sus uniformes reglamentarios

instituida para proteger la vida, honra y bienes de todas las personas residentes en Colombia, garantizar el ejercicio de las libertades públicas y los derechos que de éstas se deriven, prestar el auxilio que requiere la ejecución de las leyes y las providencias judiciales y administrativas, cooperar en la investigación de los delitos y contravenciones, cumplir las labores preventiva, educativa y social y en general conservar el orden público interno de la Nación, con los medios y dentro de los límites estatuidos en la Constitución Nacional, en las leyes, en las convenciones y tratados internacionales, en los reglamentos de policía y en los principios universales del derecho. El Decreto 522 de 1.971, estatuye que para preservar el orden público, la Policía se empleará solo medios autorizados por ley o reglamento y acogerá siempre, entre los eficaces, aquellos que causen menor daño a la integridad de personas y de sus bienes. Tales medios no podrán uitilizarse más allá del tiempo indispensable para el mantenimiento del orden o su restablecimiento (artículo 109, inciso primero). Así mismo el Reglamento de Vigilancia Urbana y Rural consagrado por la Resolución 168 de 1.971, fl. 182, C. 1 establece que la Policía Nacional es una Institución que, al servicio de las autoridades civiles, está encargada de garantizar las libertades y el goce de los derechos consagrados en la Constitución y las leyes de la República, salvaguardar la vida, honra y bienes de los asociados, asegurar el cumplimiento de las disposiciones emanadas de las autoridades, efectuar la averiguación de los delitos y garantizar la conservación del orden público en sus aspectos de seguridad, tranquilidad y salubridad (artículo 2°).

"De las disposiciones citadas surge como fin primordial de las autoridades de Policía de salvarguarda de la vida de los asociados como un principio jurídico que tiene plena vigencia en la legislación colombiana.

"Demostrando como se halla que los coautores de las muertes de WILSON SIDNER GAMINARA PRADO Y LUIS ALBERTO SANCHEZ MEZA, eran agentes de la Policía Nacional, incurren en faltas contra el servicio o función y constitutivas de mala conducta, según lo dispuesto por los Títulos I, Capítulo VII, y III del Libro Segundo del Reglamento de Disciplina para la Policía Nacional (Decreto 100 de 1.989).

"Los elementos puestos de manifiesto son suficientes para que se establezca el nexo con el servicio, por la violación del Reglamento indicado consagrado por el Decreto 100 de 1.989, por parte de los agentes JOSE JARVIN CUERO CORTES Y GONZALO NAZARENO VIVAS y se califican como una falla del servicio. Sin embargo, es de anotar que en el caso sublite se presenta la coexistencia de una culpa personal y una falla del servicio, que jurisprudencialmente lo trata el H. Consejo de Estado como un caso de responsabilidad conjunta, vale decir,

de responsabilidad de la administración y responsabilidad de los agentes de ésta. En tales circunstancias pudo demandarse o bien a la administración, o a sus agentes. Como se optó por demandar a la administración ante su responsabilidad por una falla del servicio, significa que esta puede repetir contra sus agentes por la cantidad a que fuere condenada."

Descontenta la parte actora con lo así decidido, interpuso apelación. No así la demandada, quien guardó silencio.

El recurrente señaló en el escrito de sustentación del recurso los motivos de discrepancia, los cuales pueden resumirse así:

a) Porque a los hermanos se les reconoció una indemnización equivalente a 250 gramos oro en lugar de 500.

b) Porque no se indicó en el punto cuarto el término de dos meses para la presentación del incidente de regulación de los perjuicios.

Cumplido el trámite de la segunda instancia, es oportuno decidir. Para ello, se considera:

Para la Sala la falla del servicio aparece bien demostrada dentro del proceso. Si bien es cierto el a-quo puso de relieve las declaraciones testimoniales de Neftalí Cortés Bone, Abundio Cajiao Portocarrero y Julio César Bagui Garcés, testigos presenciales, también se apoyo en las declaraciones abundantes de oídas que se recepcionaron y que contribuyen a darle mayor credibilidad a las primeras porque reforzaron sus asertos. Es de observar que el conjunto es coincidente en cuanto a que los autores de esas muertes fueron dos agentes de policía (J. Jarvin Cuero Cortés y Gonzalo Nazareno Vivas) y que para la comisión del ilícito no medió justificación alguna y si, parece, un afán de "limpieza social". La demanda así lo da a entender en sus hechos.

Pudo demostrarse que los agentes homicidas estaban adscritos al cuerpo técnico de policía judicial (José Jarvin C.) y al cuarto distrito del Departamento de Policía Nariño (Nazareno Vivas) y que esa noche (3 de agosto de 1.988) cumplían labores propias del servicio.

Del análisis probatorio del tribunal se destaca el siguiente aparte que confirma esa falla del servicio y que la sala prohija:

"En el plano incidiario, se ha considerado el testimonio de NEFTALI CORTES BONE, JULIO CESAR BAGUI GARCES Y ABUNDIO CAJIAO PORTOCARREÑO, las copias auténticas de las actas elaboradas en las diligencias de levantamiento de los cadáveres de

WILSON SIDNER GAMINARA PRADO Y LUIS ALBERTO SANCHEZ MEZA Y necropsia de los mismos, cuyas conclusiones indican que las lesiones que causaron su muerte fueron producidas por proyectiles de arma de fuego que destrozaron la masa encefálica, la presencia de los agentes agresores en circunstancias de tiempo, lugar y modo, de los cuales JARVIN CUERO CORTES, se encontraba de servicio conformando el Cuerpo Técnico de Policía Judicial con misión específica de investigación en traje de civil, como hechos de fuente de prueba en su relación lógica con los homicidios que originaron la falla del servicio de la administración. Existe por consiguiente plena seguridad probatoria sobre la existencia de hechos radicadores que incriminan a dos agentes de la administración, uno de ellos en servicio activo, en hechos contrarios a la finalidad del Estado, cuya legalidad juraron cumplir los dos empleados públicos implicados en la muerte de dos ciudadanos inermes, cuando asumieron sus cargos de agentes de policía, porque obra la prueba directa del hecho indicador sobre eventos demostrados que versan directamente sobre él, con la suficiente significación de conexidad lógica entre ellos que denotan de manera clara y cierta la relación de causalidad entre el hecho, el indiciador y el indiciado.

"Con la evidencia probatoria requerida se ha demostrado el hecho generador imputable a los agentes por razón del servicio que debe prestar la Policía Nacional."

La actividad de los agentes homicidas no puede desvincularse del servicio. Así lo confirmó el tribunal a aceptar que la conducta oficial se había cumplido en horas de servicio, por dos agentes vinculados al Distrito de Policía de la División Nariño y que uno de ellos vestía traje de civil la noche de los hechos.

También coincide la sala con la censura que el a-quo le hizo a la entidad demandada en el sentido de que nada hizo para sancionar a los responsables. En este punto se transcribe:

"La presencia de dos agentes de la Policía activos, uno de ellos en servicio, encargado de cumplir labores de investigación en traje de civil hace suponer que usó su arma de dotación oficial, en la comisión de sus desafueros, la entidad de la Institución demandada en reprimir los actos delicuenciales de sus agentes, como ocurre en este caso, dejan un amplio margen de complicidad con tan censurable proceder. No sólo se interfirió la acción de la justicia en la obtención de los requisitos de la guardia, sino que a pesar del clamor ciudadano por los homicidios perpetrados, ni siquiera se adelantó proceso disciplinario alguno, menos se inició la investigación penal a instancias suya."

Tal como se dijo atrás, la entidad demandada no probó, y ni siquiera alegó causal alguna de la exculpación. Así no se evidenció la culpa de las

víctimas, el hecho de tercero o la fuerza mayor. Ni siquiera se demostró que el accionar de la entidad hubiera sido prudente y ajustado a los cánones del buen servicio.

El silencio asumido se constituye, en cierto sentido, en un indicio más de su responsabilidad. Ni siquiera debe hablarse, con bases razonables, de la culpa personal de los agentes, porque su conducta no puede desvincularse del servicio mismo y porque no se estableció tampoco la existencia de móviles personales que hubieran indicado una justificación extraña al servicio.

Los Perjuicios

Los hechos narrados, imputables a la entidad demandada, causaron perjuicios a los damnificados, pero no en la forma acordada por el tribunal, ya este pecó por exceso, en relación con los damnificados hermanos de las víctimas y en cuanto a los perjuicios materiales. Frente a las madres de las víctimas se confirmará el fallo.

Las declaraciones de los testigos no son suficientes para demostrar ciertas circunstancias de excepción para el reconocimiento de una indemnización especial por perjuicios morales en favor de los hermanos. El cuestionario que les propuso fue sugerente de las respuestas que quería el preguntante y con esto quedan seriamente afectadas y sin valor demostrativo. Además, los hermanos ni siquiera vivían en Tumaco. Los testigos no precisaron en qué consistía la ayuda y la colaboración que se prestaban; cuáles eran las pruebas de afecto recíproco que se daban. A este respecto no es suficiente el hecho de haber llorado durante el velorio en el cementerio. Por esa razón la sala estima que este extremo queda bien resarcido con 100 gramos de oro fino, en su equivalencia en pesos.

Frente a los perjuicios materiales, sucederá algo similar porque no se establecieron los supuestos para la declaración.

Así, no se demostró que los damnificados Florinda Meza y Soledad Prado de G. y otros dependían económicamente de lo que devengaban los señores Luis Alberto Sánchez M. y Wilson Sidner Gaminara. Ni siquiera pudo demostrarse a qué actividad estuvieron dedicados en vida. Ambos dizque eran panaderos, ayudantes. De qué panadería? Quién era su dueño? Que el señor Gaminara P. era además electricista. Dónde? Con quién trabajaba? Tenía taller? Era coincidente este trabajo con el de panadero? Que el señor Sánchez Meza vendía cacharros. Qué clase de cacharros? Dónde? Ambulante? Estacionario?

No; esto parece carente de seriedad. Del mismo expediente penal se infiere que las víctimas eran vagos, sin trabajo concreto. Los mismos hermanos de Wilson dicen que este era un drogadicto, dedicado al bazuco.

Además, las preguntas hechas a los testigos dentro del proceso fueron sugerentes e invalidaron también la prueba.

Indiciariamente muestra asimismo que el proceso que los occisos no cumplían ninguna actividad lucrativa en vida, por lo menos las mencionadas en la demanda.

Y aunque se hubiera probado dicha actividad, tampoco sería creíble que los hoy muertos eran los únicos que sostenían sus respectivos hogares, cuando existían otros hermanos incluso mayores, que también tenían obligaciones alimentarias para con sus progenitores.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Confírmase la sentencia de octubre 16 de 1.991, dictada por el tribunal administrativo de Nariño, en sus ordinales primero, quinto, sexto y séptimo.

Revócanse los demás (segundo, tercero y cuarto).

En su lugar, dispone:

Segundo.- Condénase a la citada entidad a pagar por concepto de perjuicios morales, así: a la señora Soledad Prado de G. y Florinda Meza, 1.000 gramos de oro fino para cada una, a Pablo Alberto, Luis Fernando, Vilma Dolores, Ruth Marina, Martha Lucía y Franklin Percy Gaminara Prado; Jesús Enrique, Carlos Ignacio, Dolores Esneda y Ana Lidia Sánchez Meza; Martha Lucía, Epifanio, Leder María y Nancy Ramos Meza, de 100 gramos oro para cada uno.

El Banco certificará el valor del gramo de oro fino para sacar la equivalencia en pesos a la ejecutoria de este fallo.

Tercero. Deniéganse las demás suplicas.

Cuarto.- Expídanse las copias para su cumplimiento y envíense las copias de este proveído tanto a la Fiscalía General como a la Procuraduría General por las posibles infracciones a la ley penal que pudieran haber cometido los agentes de la policía aquí involucrados.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE

Esta providencia fue aprobada por la sala en su sesión celebrada el día 20 de agosto de 1.992.

Daniel Suárez Hernández, Presidente Sala; *Carlos Betancur Jaramillo, Juan de Dios Montes Hernández, Julio César Uribe Acosta.*

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

RIFA/ PERMISO/ RESPONSABILIDAD SUBSIDIARIA/ RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO

Cuando los funcionarios, en desacato a la ley, autorizan a las entidades fantasmas o incapaces de responder con lo prometido, o simplemente decididas a enriquecerse con la ilusión de las gentes, para sacar al público rifas que nunca se cumplen, dicha actuación compromete la responsabilidad patrimonial de los entes estatales. La acción visible puede ser de restablecimiento si el acto administrativo del permiso adolece de ilegalidad por no haber exigido las garantías de rigor ni las pruebas sobre la propiedad de los objetos materia de la rifa; pero también puede ser de reparación directa si el acto en sí no es ilegal pero se ejecutó irregularmente. Para eventos como el que se juzga, la responsabilidad del estado es subsidiaria; lo que significa que el actor, además de demostrar los presupuestos indispensables para hacerlo responsable patrimonialmente, tiene también a su cargo la prueba de la insolvencia de la persona que realizó la rifa; o al menos que realizó todas las diligencias necesarias para obtener el pago del premio, sin resultados; en este caso, sin embargo, la negligencia del actor es notoria.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera

Santafé de Bogotá, D.C., agosto veintisiete (27) de mil novecientos noventa y dos (1992)

Consejero Ponente : *Doctor Juan de Dios Montes Hernández*

Referencia: Expediente N°. 5930 Actor : Jorge Enrique Moreno Leyva.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el actor en contra de la sentencia proferida por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Santander el 26 de julio de 1989, por medio de la cual decidió:

"PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA SUSTANCIAL DE LA DEMANDA por no radicar en el Municipio de San Vicente la LEGITIMACION EN LA CAUSA POR PASIVA.

"SEGUNDO: ABSOLVER al Municipio de San Vicente de las pretensiones contenidas en la demanda presentada contra él por el señor JORGE ENRIQUE MORENO LEYVA con motivo del no pago del premio mayor de la Rifa EL TREN DE LA FORTUNA, efectuada por la Sociedad PROMOTORA DE INVERSIONES SAN VICENTE". (fl. 233 C. 1).

ANTECEDENTES PROCESALES

1. Mediante apoderado judicial regularmente constituido, el 22 de mayo de 1986, JORGE ENRIQUE MORENO LEYVA, en ejercicio de la acción de reparación directa, demandó al Municipio de SAN VICENTE DE CHUCURI, buscando satisfacer estas pretensiones:

"PRIMERA.- Se declare que el MUNICIPIO DE SAN VICENTE DE CHUCURI (SANTANDER) está administrativamente obligado a responder por el cumplimiento del sorteo o rifa denominado 'ELTREN DE FORTUNA', ofrecido al público por la firma denominada 'PROMOTORA DE INVERSIONES SAN VICENTE', cuyo premio mayor jugó el 30 de agosto de 1985, conforme a los resultados del sorteo de esa fecha de la Lotería de Santander, rifa que el Municipio autorizó mediante Resolución 049 de marzo 30 de 1985 expedida por el Señor Alcalde Municipal;

"SEGUNDA.- Se declare que el MUNICIPIO DE SAN VICENTE DE CHUCURI (SANTANDER) es administrativamente responsable, por falla del servicio, por haber sellado la boletería de la rifa mencionada pretensión precedente, y autorizado su venta al público, sin exigir la previa y efectiva constitución de las cauciones o garantías de cumplimiento de la totalidad del plan de premios ofrecidos al público;

"TERCERA.- Se condene al MUNICIPIO DE SAN VICENTE DE CHUCURI (SANTANDER) a entregar a mi representado o a quien sus derechos represente, el PREMIO MAYOR del sorteo por él autorizado, consistente en un automóvil MAZDA 626 L último modelo, cero kilómetros, con el que resultó favorecido con la boleta N° 186 según el resultado oficial del sorteo de 30 de agosto de 1985 de la Lotería de Santander.

"En subsidio, que se condene al MUNICIPIO DE SAN VICENTE DE CHUCURI (SANTANDER), a pagar a mi representado o a quien sus derechos represente, el equivalente en dinero al valor de un automóvil MAZDA 626 L último modelo, cero kilómetros, precio al público determinado al momento del cumplimiento de la sentencia; o en su defecto, al que tenía a la fecha del sorteo, más los reajustes que conforme a la Ley correspondan por indexación monetaria, atendida la devaluación del peso colombiano desde la fecha del sorteo hasta el cumplimiento de la sentencia.

"CUARTA.- Se disponga que el MUNICIPIO DE SAN VICENTE DE CHUCURI (SANTANDER) dará cumplimiento a la sentencia, dentro del término consignado en el C.C.A. o normas que lo constituyan." (fls. 9 a 10 C. 1).

2. Para fundamentar lo pedido, el actor invocó los siguientes hechos:

"PRIMERO.- El señor ALFONSO RODRIGUEZ ARCINIEGAS, identificado con la cédula de Ciudadanía No. 5'590.410 expedida en Barrancabermeja, obrando como Gerente-Propietario de la firma denominada PROMOTORA DE INVERSIONES SAN VICENTE, entidad comercial con 'personería jurídica No. 138' (sic) y registro mercantil 0211745 de la Cámara de Comercio de Barrancabermeja, solicitó a la Alcaldía de San Vicente autorización para el funcionario y venta de boletas de una rifa denominada 'TREN DE LA FORTUNA';

"SEGUNDO.- El plan de la rifa estaba constituido por una emisión de mil boletas numeradas del 000- al 999, del valor unitario de $8.950.oo, que se colocarían en San Vicente y otros municipios:

"TERCERO.- El sorteo final se realizará el 30 de agosto de 1985, conforme a los resultados oficiales que arrojara el de esa fecha de la Lotería de Santander;

"CUARTO.- El plan de premios incluía como premio mayor, un AUTOMOVIL MAZDA 626 L cero kilómetros; o un apartamento en cualquier ciudad del país, este hasta por $1'800.000.oo, a opción del comprador favorecido;

"QUINTO.- El Municipio de San Vicente, previo recaudo de los impuestos determinados en la Ley, autorizó el funcionamiento de la rifa, la venta de la boletería, y el plan de premios, mediante Resolución 049 de marzo 30 de 1985 expedida por el Señor Alcalde Municipal:

"SEXTO.- En el artículo cuarto de dicha resolución se indicó:

"'La firma PROMOTORA DE INVERSIONES SAN VICENTE' deberá presentar la póliza de fianza y manejo. Dicha fianza se cancelará una vez la empresa presente las actas debidamente legalizadas sobre el recibo de los premios por parte de los ganadores'.

"SEPTIMO.- Sin embargo, el Municipio de San Vicente selló la boletería y la entregó al empresario para su venta al público, sin que éste previamente constituyera la 'póliza de fianza y manejo';

"OCTAVO.- El Municipio de San Vicente permitió el funcionamiento de la rifa y la realización del sorteo, sin exigir la constitución de las garantías de cumplimiento determinadas en la Ley, y sin dar aviso único al público sobre la inexistencia de dichas garantías;

"NOVENO.- Mi representado adquirió al vendedor autorizado GERMAN FONSECA la boleta identificada con la No. 186 para el premio mayor y canceló oportunamente su valor;

"DECIMO.- Realizado el sorteo final el 30 de agosto de 1985, mi representado resultó favorecido con el premio mayor ofrecido en el plan de premios de la rifa denominada EL TREN DE LA FORTUNA, autorizada por el Municipio de San Vicente, y ofrecida por PROMOTORA DE INVERSIONES SAN VICENTE;

"DECIMO PRIMERO.- El señor ALFONSO RODRIGUEZ ARCINIEGAS y su 'empresa' PROMOTORA DE INVERSIONES SAN VICENTE, no habían adquirido al tiempo de solicitar la autorización de la rifa, ni durante su funcionamiento, ni al tiempo del sorteo, ni después de éste, ni el automóvil ofrecido ni el apartamento, como premio mayor;

"DECIMO SEGUNDO.- Mi representado reclamó el premio mayor con el que resultó favorecido, optando por el automóvil MAZDA 626 L cero kilómetros. Para tal efecto, el señor ALFONSO RODRIGUEZ ARCINIEGAS como Gerente de la PROMOTORA DE INVERSIONES SAN VICENTE y el ganador, suscribieron un Acta o compromiso el 17 de septiembre de 1985, conforme al cual el premio se entregaría a más tardar el 18 de octubre de 1985;

"DECIMO TERCERO.- Los empresarios de la rifa no cumplieron con el compromiso pactado, ni entregaron premio alguno a mi representado. A la fecha de esta demanda, no han dado cumplimiento al pago del premio mayor correspondiente al demandante;

"DECIMO CUARTO.- Mi representado ha procurado por todos los medios el cumplimiento de la Rifa, siendo sucesivamente engañado con plazos y promesas por ALFONSO RODRIGUEZ ARCINIEGAS. Mi

representado y el suscrito, dimos aviso al Municipio de San Vicente, sobre el incumplimiento del sorteo TREN DE LA FORTUNA y exigimos del Municipio que respondiera por dicho sorteo;

"DECIMO QUINTO.- Ni la empresa PROMOTORA DE INVERSIONES SAN VICENTE, ni el Municipio de San Vicente, han respondido por el premio ganado por mi representado. El Señor Alcalde de éste, se limitó a formular denuncia por estafa ante el Juzgado de Instrucción Criminal de reparto en San Vicente, contra el Señor Rodríguez;

"DECIMO SEXTO.- El interesado no ha promovido acción judicial alguna contra ALFONSO RODRIGUEZ ARCINIEGAS ni contra PROMOTORA DE INVERSIONES SAN VICENTE, por la inexistencia de activos en estos que garantice el resultado de la acción;

"DECIMO SEPTIMO.- Ante la negligencia del Municipio de San Vicente, al permitir el funcionamiento de la rifa y venta de la boletería, sin exigir las garantías establecidas en la Ley, y el cumplimiento de la totalidad de los requisitos para dichas rifas, dejó a mi representado sin protección eficaz para obtener el pago de su premio, y comprometió su responsabilidad administrativa por falla del servicio;" (fls. 10 a 12 C. 1).

3. La demanda se admitió (fl. 18) y del auto de admisión se notificó la entidad demandada (fl. 24), la cual constituyó apoderado especial y se vinculó al proceso; en la contestación de la demanda (fl. 25-29) se opuso a la totalidad de las pretensiones con fundamento en el precepto contenido en el artículo 95 de la Ley 153 de 1887, en el artículo 13 del Decreto Reglamentario N° 537 de 1974 y en la ausencia de nexo causal entre el daño y el hecho que se presenta como generador del mismo; agregó que el demandante adquirió la boleta en municipio distinto del demandado, no cobijado por la autorización del alcalde de San Vicente de Chucurí; finalmente manifestó que la resolución de autorización estaba sujeta a la constitución de una fianza y que el sellamiento de las boletas no facultaba a la empresa promotora a colocarlas en público; en escrito adicional (fls. 33 y 36), denunció el pleito a la firma "PROMOTORA DE INVERSIONES SAN VICENTE LTDA.", sin que fuese posible encontrar el representante legal para la notificación de rigor. (fls. 47 y 48).

Decretadas las pruebas pedidas por las partes, se dispuso para su practica un término de sesenta (60) días (fls. 49-51), al cabo de los cuales, previo mandamiento judicial, alegó el apoderado judicial del demandante (fls. 97-206) y rindió concepto el Fiscal del Tribunal (fls. 208-217).

El primero encuentra que la rifa fue autorizada por la Alcaldía Municipal sin que a la solicitud se adjuntaran los documentos y requisitos previstos en el

artículo 7° del Decreto N° 537 de 1974, omisión que, a su juicio, es constitutiva de una falla del servicio; el Fiscal acepta las razones del actor y, luego de relacionar y analizar las pruebas recaudadas, concluye que se debe acceder a las pretensiones de la demanda (fls. 208-217).

4. La decisión del *a-quo* se apoyó en estas consideraciones:

"El señor Alcalde del Municipio de San Vicente (S) expidió el 30 de marzo de 1985 la Resolución No. 049, por medio de la cual autorizó a la firma PROMOTORA DE INVERSIONES SAN VICENTE 'El funcionamiento y venta de la Rifa 'EL TREN DE LA FORTUNA', dentro de la Jurisdicción Municipal, mediante el pago de los impuestos correspondientes y de conformidad con el siguiente plan de premios:

"a) PREMIO MAYOR: Juega el treinta (30) de agosto de mil novecientos ochenta y cinco (1985) acertando las tres últimas cifras del premio Mayor de la Lotería de Santander, y consiste en Lujoso Automóvil MAZDA 626 L, último modelo ó confortable Apartamento en la ciudad que el ganador elija, por un valor de UN MILLON OCHOCIENTOS MIL PESOS ($1'800.000.oo) MCTE. b) c) d)...ARTICULO SEGUNDO: Todos los premios caducan treinta (30) días después de verificarse el sorteo. ARTICULO TERCERO: Las boletas que se vendan en otros Municipios deberán pagar los impuestos Municipales correspondientes.

ARTICULO CUARTO: La firma 'PROMOTORA INVERSIONES SAN VICENTE' deberá presentar la póliza de fianza y manejo. Dicha fianza se cancelará una vez la Empresa presente las actas debidamente legalizadas sobre el recibo de los premios por parte de los ganadores. ARTICULO QUINTO: La presente Resolución surte efectos a partir de la fecha de su notificación. La copia de esta Resolución que obra en el proceso, folios 3, 4 y 5, tan solo tiene autenticada la primera hoja, y, no tiene constancia de su notificación.

"Por el contenido de la resolución citada, se ve claramente que el señor Alcalde del Municipio de San Vicente no tenía ni idea de las normas que regían la realización de rifas, normas contenidas en el Decreto Reglamentario No. 537 del 28 de marzo de 1974

"Durante la Diligencia de Inspección Judicial practicada en San Vicente, a los Despachos de la Alcaldía, la Tesorería y la Personería, se pudo comprobar que solo existían la solicitud para la autorización de la Rifa, el recibo de pago de impuestos por $50.000.oo Mcte, y la Resolución No. 049, sin anexos.

"Ni antes, ni después de expedir la citada Resolución, el señor Alcalde de San Vicente exigió documento alguno al representante de la firma

organizadora de la Rifa, violando así las normas contenidas en el Decreto Reglamentario No. 537 de 1974.

"Por esta razón, y por violación a la Constitución Nacional en su Art. 16, como ya se citó, el apoderado demandante alega que hubo falla del servicio.

"*CONCEPTO DE CONTRATO*:

"El Art. 1495 del C.C. dice: *Contrato o convención* es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de una o de muchas personas.

"El Art. 1497 id. dice: "El contrato es *gratuito* o de beneficencia cuando solo tiene por objeto la utilidad de una de las partes, sufriendo la otra el gravamen; y *oneroso* cuando tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro'.

"El Art. 1498 id. dice: 'El contrato oneroso es comunicativo, cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez; y si el equivalente consiste en una contingencia incierta de ganancia o de pérdida, se llama aleatorio.' (Art. 95 Ley 153 de 1887).

"Dentro de los anteriores parámetros del Código Civil, la Rifa 'EL TREN DE LA FORTUNA' efectuada por la sociedad PROMOTORA DE INVERSIONES SAN VICENTE, ENCAJA como un contrato oneroso y aleatorio.

"Quiénes fueron los contratistas? por una parte la PROMOTORA DE INVERSIONES SAN VICENTE al serle autorizada la Rifa, y por otra los compradores de boletas.

"Al efectuarse el Sorteo de la Lotería de Santander el día 30 de Agosto de 1985 y resultar favorecido con el Premio Mayor en N° 1186, ver folio 61, automáticamente el comprador de la boleta N° 186 de la Rifa, señor JORGE ENRIQUE MORENO LEYVA, se convirtió en ACREEDOR del PREMIO MAYOR DE LA RIFA EL TREN DE LA FORTUNA, y la PROMOTORA DE INVERSIONES SAN VICENTE LTDA. en DEUDORA DE ESTE PREMIO MAYOR.

"Queda claro que la PROMOTORA DE INVERSIONES SAN VICENTE es la Sociedad DEUDORA del PREMIO MAYOR consistente en un automóvil MAZDA 626 L, cero kilómetros, ganado por el demandante al resultar favorecido el número de su boleta, y por consiguiente, es esa Sociedad la obligada a pagarlo.

"Ahora bien, las pretensiones de la demanda están encaminadas a que el Municipio de San Vicente PAGUE EL PREMIO MAYOR del sorteo de la Rifa el TREN DE LA FORTUNA, sin estar contractualmente obligado por cuanto no es el DEUDOR. Si acaso, de existir falla del servicio por haber autorizado la Rifa sin el lleno de los requisitos del Decreto Reglamentario N° 537 de 1974, se haría responsable la Administración Municipal al pago de los perjuicios causados, más no el pago del premio, como se solicita.

"En estas condiciones, hay ILEGITIMIDAD EN LA CAUSA POR PASIVA, y en este sentido deberá pronunciarse la Corporación." (fls. 230 a 233 C. 1).

Aclararon el voto tres Magistrados; para dos de ellos no resulta claro el nexo causal entre la acción que se imputa a la administración y el daño cuya indemnización se reclama; la tercera, sostiene que si el beneficiario de la rifa hubiese adquirido la boleta en la comprensión territorial del municipio demandado, habrá que declarar su responsablidad patrimonial (fls. 235 - 240).

5. Las razones que asisten al recurrente para impugnar la sentencia de primera instancia están consignadas en el escrito visible a folios 241 a 245 del expediente; dice, en lo pertinente:

"Por caminos diferentes, tres votos se inclinan a conjeturar una relación jurídica cerrada entre el demandante y el empresario de la rifa, de la que sustraen al Municipio demandado.

"Con todo respeto discrepo de estas apreciaciones, porque encuentro clara y directa la relación entre los cargos formulados al Municipio y el daño recibido por el demandante. Y de la naturaleza de ella, la viabilidad de la pretensión de reparación directa, única a mi juicio posible frente al demandado.

"En efecto: es evidente que el Municipio expidió un acto administrativo (la prueba idónea llegó por vía de inspección) en ejercicio de su función de policía administrativa contralora de rifas.

"No estoy discutiendo en este proceso la validez de ese acto administrativo, el que está amparado por una presunción de legalidad, que tuvo la eficacia necesaria para generar en la comunidad la creencia de que todo el procedimiento de surgimiento de la rifa se había producido con arreglo a la Ley. Los administrados suponen, de buena fe, que la administración va derecha en su quehacer público, que obra correctamente y de buena fe. Y que de la misma manera, se asegura que los promotores de rifas lo hagan, para resguardar a la comunidad.

"Estoy imputando a la entidad demandada *omisiones* y de naturaleza grave. Están claramente puntualizadas y probadas en los autos.

"Pues bien: en algún sentido procesal, la *omisión* se trata como si fuera un *hecho administrativo*, aunque desde luego asumo que distinto es el supuesto lógico del *hecho jurídico* como soporte del *hecho administrativo*, de la ausencia de conducta *que desemboca* en el concepto de *omisión administrativa.*

"Y no puede ser, según mi modesto criterio, más directa la relación. El Municipio tenía la *obligación* de exigir pólizas que afianzaran no solo el cumplimiento de las obligaciones del empresario de la rifa con el mismo Municipio (Decreto 537 de 1974 Art. 7o. literal 'd'), sino también la expectativa de ganar el premio que tiene todo comprador de la rifa (literal 'c' ibid.), pues no otra finalidad puede tener que se pida por el '*valor total del plan de premios*'.

"Cuando el Municipio no cumple con esa obligación legalmente impuesta, incurre en lo que un Penalista llamaría 'comisión por omisión', que en esta jurisdicción entendemos con toda claridad con el concepto de 'omisión administrativa'.

"Omisión que tiene vocación de comprometer la responsabilidad del ente público, si existe relación de causalidad entre ella y el daño.

"Desde luego que hay aquí un quehacer administrativo. No he acudido al Juez Civil a que condene al empresario de la rifa a pagar el premio. Otro lo llamó en garantía, para debatir entre ellos sus propias cargas.

"Mi concepción del proceso es diferente. Entiendo que el Municipio dejó de hacer algo que le era legalmente exigible. Y por ello, es palmario, está inserto en el quehacer funcional de la policía administrativamente municipal.

"Relación de causalidad? También la encuentro probada.

Porque el incumplimiento plenamente demostrado del empresario de la rifa (Art. 177 C. de P. C., adúzcase por el excepcionante la prueba del hecho afirmativo contrario), no habría dejado inerme a mi asistido, si el Municipio hubiera cumplido su deber.

"Otorgadas las garantías, claro y directo habría sido el camino para hacer efectivos los premios. El Municipio permitió, por indolencia, que llegaran al público boletas con apariencia de plena legalidad, sin que se constituyeran esas garantías.

"Y la forma en que lo hizo es también muy clara: permitió que sus agentes sellaran la boletería, con sus sellos oficiales, sin que previamente, como lo anotaba hasta el mismo acto administrativo de autorización de la rifa, se entregarán a la administración las susodichas pólizas.

"No hay, pues, descarrilamiento de la pretensión cuando se acciona por la vía de reparación directa, porque las *omisiones* no son contratos. Ni aquí se llamó al Municipio como parte de contrato alguno.

"Y la relación entre la omisión del municipio demandado, que constituye falla del servicio, y el daño, es directa dentro del marco ordinario de las actividades administrativas. No puede buscarse en un contrato, ni en una relación acreedor-deudor, que es ajena a la fuente misma de la responsabilidad administrativa deprecada.

"3. TERRITORIALIDAD DEL PERMISO

"Al argumento principal de uno de los votos y secundario de dos más, replicó con el texto mismo de la reglamentación de rifas: los Arts. 12 y 13 del Decreto 537 de 1974.

"Si el empresario de una rifa excede las limitaciones que introduce el art. 11 de dicho decreto, se hace acreedor a las sanciones legales pertinentes. Y lo serán también los funcionarios públicos que por omisión de sus deberes, permitan la explotación de esa totalidad de juego sin las debidas autorizaciones.

"La finalidad de la territorialidad del permiso se orienta en esencia a la protección de los derechos fiscales de los municipios y de las beneficencias departamentales.

"Si se radica la solicitud con el lleno de los requisitos legales ante un municipio, éste la diligencia con los pocedimientos pertinentes y la autoriza, se constituirán las garantías de que trata el Art. 7o. del Decreto 537 de 1974.

"Tendría sentido que si un segundo, tercer, o 'n' municipio va a permitir la rifa en su jurisdicción, exiga nuevamente pólizas de garantía del 'valor total del plan de premios', si ella se extendió, por ejemplo, para todo el país?.

"Me parece que habrá un municipio en cuya cabeza se situará el trámite principal de toda situación administrativa tendiente a autorizar rifas. Y será ese municipio el que deba exigir la totalidad de la información, requisitos, garantías y formalidades legales y reglamentarias.

"Y que si otros municipios hacen extensivo a su territorio el permiso, apoyados en la primera actuación se limitarán a tomar las previsiones fiscales que les conciernen para la protección de su erario.

"Cuando los textos no han previsto todas las situaciones que ofrece la realidad, la integración del ordenamiento y la indagación de su finalidad pueden ayudar a despejar el camino al intérprete. Y estimo que aquí se tiene esa oportunidad.

"Entonces, si el Municipio de San Vicente autorizó la rifa, si selló la boletería sin reparos ni advertencia alguna sobre la territorialidad del permiso, si creó la apariencia de regularidad de los procedimientos administrativos de la licencia, no determinó acaso integralmente '*a los compradores a depositar su confianza y por ende a correr el riesgo que el juego ofrece*', como expresa la Sra. Magistrada Vega de Herrera?.

"Me parece que el problema de la buena fe debe tomarse *in solidum*. El demandante se atuvo al permiso o licencia del demandado, y a falta de prevención sobre efecto limitado del mismo tiempo o espacio, compró su boleta en Bucaramanga.

"Comprada la boleta en otra parte, aparece o desaparece la garantía que echo de menos?. La omisión de la administración, que previó a todos los ganadores de dicha garantía se purga?.

"No veo que la variación del 'fuero territorial' de la licencia, haga que la falta grave del Municipio se diluya. Que con ello la confianza del público fuere mayor o menor. Simplemente, el sello oficial brinda seguridad y tranquilidad al administrado de estar apostando en un juego serio, legal, controlado por una autoridad responsable.

"Cuando dolorosamente descubre la verdad, no resulta equitativo responderle que ha debido cerrar el trato en los límites del Municipio otorgante de la licencia, porque ello habría cambiado su suerte.

"La teoría de la responsabilidad del Estado se ha desarrollado sobre unos cimientos jurídicos, constitucionales conocidos, pero con un ponderado criterio de justicia, de equidad, en la guarda integral de los bienes jurídicos de los administrados. Y a ese espíritu no responde la limitación de los efectos sancionatorios de una falla administrativa, al solo territorio del acusado, cuando la falla misma tiene potencialidad de comprometer la confianza del conglomerado y la buena fe del administrado más allá de sus linderos." (fls. 242 a 245 C. 1).

6. La señora Fiscal Séptimo de la Corporación estima que el fallo impugnado se debe revocar para pronunciar uno favorable a las pretensiones de la demanda; discurre así la Fiscalía:

"De la inspección judicial practicada dentro del proceso se desprende que la Alcaldía Municipal de San Vicente de Chucurí autorizó mediante Resolución No. 049 del 30 de marzo de 1985, la realización de una rifa sin que la empresa solicitante cumpliera con los requisitos legales.

"En efecto, aunque la mencionada Resolución se exigió la constitución de una póliza de garantía que se cancelaría a la presentación del acta mediante la cual se acreditara la entrega de los premios a los ganadores, dentro de la misma inspección judicial se constató que no se constituyó fianza alguna sin que hubiere quedado constancia de que la Alcaldía se pronunciará al respecto; simplemente dejó que la rifa siguiera adelante.

"Aparece demostrado, también, que aunque el Gerente de la Promotora de la rifa firmó con el demandante un acta de compromiso para entregar el premio en una fecha determinada, tal entrega no se cumplió.

"De lo anterior se deduce claramente que la situación de conflicto no se hubiera presentado si la Alcaldía hubiera actuado conforme a la ley de expedir la autorización para adelantar la rifa, porque entre otras cosas, se hubiera podido proveer el pago de los premios; pero como no sucedió así para la Fiscalía está configurada la responsabilidad del Municipio por la falla del servicio.

"En este orden de ideas debe condenarse al Municipio al pago de la indemnización de los perjuicios que para el caso presente está constituida, como lo solicita la demanda por el vehículo ganado o su valor actualizado.

"No sobra agregar que para la Fiscalía el hecho de que el boleto ganador hubiera sido comprado fuera del territorio de San Vicente de Chucurí no constituye de ninguna manera una causal eximente de responsabilidad en el caso en estudio por que el no pago de impuestos exigidos en territorios distintos al mencionado es materia de índole tributaria sin implicaciones en el presente juicio por lo cual no hace variar en nada la decisión". (fls. 258 y 259 C. 1).

LA SALA CONSIDERA

A. El proceso demuestra que la firma "PROMOTORA DE INVERSIONES SAN VICENTE" solicitó, ante el Alcalde Municipal de San Vicente de Chucurí, el 30 de marzo de 1986, autorización para realizar la rifa denominada "el tren de la fortuna" con la lotería de Santander que jugaría de 30 de agosto de 1985; dentro del plan de premios se establecía que el mayor sería un "automóvil mazda 626 L" o un apartamento de $1'800.000 en la ciudad que el ganador eligiera (fl. 129).

El mismo día, el indicado alcalde dictó la resolución No. 049 otorgando la autorización solicitada (fl. 3); en la motivación que señaló que la firma

había cancelado los impuestos municipales; sin embargo tal cosa solo vino a ocurrir el 4 de abril siguiente como se constató en la inspección judicial practicada en la tesorería del municipio (fls. 127 vto. y 130); además de autorizar la rifa y de reproducir el plan de premios, la mentada resolución señaló en el artículo 4°:

> "La firma "PROMOTORA DE INVERSIONES SAN VICENTE" deberá presentar la póliza de fianza y manejo. Dicha fianza se cancelará una vez que la Empresa presente las actas debidamente legalizadas sobre el recibo de los premios por parte de los ganadores".

Nótese cómo se estableció ni la cuantía de la fianza, ni el término para su otorgamiento y, lo que es peor, tampoco condicionó la autorización de la rifa a la aprobación de l garantía; tanto así que el artículo 5° expresó:

"La presente resolución surte efectos legales a partir de la fecha de su notificación".

Aunque no señala el destinatario de tal notificación se ha de suponer que era la firma solicitante; y si bien tampoco hay constancia de que dicha diligencia se hubiere realizado, es lo cierto que la resolución produjo efectos, uno de los cuales -el inmediato-, fue la aposición del sello de la tesorería municipal en la parte interior de las boletas.

El demandante adquirió, en la ciudad de Bucaramanga, la boleta marcada con el N° 186 (fl. 132) la cual resultó ganadora en el sorteo indicado de la lotería de Santander (fls. 61 y 128); sin embargo, el beneficiario no logró obtener el premio (había optado por el automóvil) sin que la empresa responsable haya explicado por qué.

B. La Sala no comparte los argumentos expuestos en el fallo recurrido; tampoco los contenidos en las dos aclaraciones de voto.

En efecto, la pretensión que el actor esgrime frente al municipio nada tiene que ver con el contrato que el adquiriente de la boleta celebró con la firma propietaria de la rifa; por supuesto que el ente público es un tercero respecto de dicha convención; lo que ocurre es que la transacción sólo fue posible por la autorización que previamente (y sin ninguna exigencia) otorgó la alcaldía municipal para que las boletas se vendiesen al público; esta es la conducta censurada; el indebido ejercicio de esa especie de tutela que la ley ha confiado a los funcionarios para proteger la confianza del público.

También resulta indiferente que el actor hubiese comprado la boleta en Bucaramanga; la oficina principal de la empresa propietaria de la rifa estaba localizada en San Vicente de Chucurí y así se anunciaba en el mismo documento.

C. Es claro que en nuestro país la proliferación de rifas y loterías es índice claro de su rentabilidad; es el tributo que los pobres pagan por la esperanza; de allí que la ley haya buscado proteger su confiabilidad, máxime cuando es el propio Estado, o, en todo caso, las entidades públicas los detentadores principales de esta actividad; de manera que cuando los funcionarios, en desacato en la ley, autorizan a entidades fantasmas o incapaces de responder con lo prometido, o simplemente decididas a enriquecerse con la ilusión de las gentes, para sacar al público rifas que nunca cumplen, dicha actuación comprometa la responsabilidad patrimonial de los entes estatales.

D. Sin embargo, para que las pretensiones indemnizatorias puedan prosperar, es preciso que estén correctamente planteadas; en el presente caso, la fuente de la responsabilidad que se demanda es la resolución N° 049 de 1985 que, como lo repite insistentemente el actor, se expidió sin la exigencia de requisito alguno; ni los documentos que demostraran la propiedad plena de los bienes supuestamente constitutivos de los premios; ni las facturas de adquisición de los mismos, ni la garantía de cumplimiento.... nada; ni siquiera el pago de los impuestos municipales que se dio por hecho pero sólamente se cumplió 4 días después de expedida la resolución; la fianza de que habló la resolución, sin ninguna especificación que permitiese determinarla, no fue condicionante de la autorización de la rifa ni de la venta de boletas entre el público.

La resolución es, pues, ilegal por cualquier ángulo que se mire; y ella es la causa de la responsabilidad patrimonial del municipio; la aposición del sello de tesorería en las boletas únicamente indica el pago de los impuestos municipales; y la venta de las boletas y la realización de la rifa son simples actos de ejecución que realizó la "promotora" en desarrollo de la autorización que, previamente, le había otorgado un organismo oficial.

Siendo así, la acción que tenía a su disposición el actor era la de nulidad y restablecimiento del derecho que consagra el artículo 85 del C.C.A. y no la de separación directa; la conducta procesal correcta era la de pedir la nulidad de la resolución de autorización, y, como consecuencia de ella, la indemnización de perjuicios.

Esta apreciación no riñe con lo decidido en la sentencia de 21 de agosto de 1992, expediente N° 6971, actor ROSAURA MELENDEZ DE ROBAYO, en la cual los presupuestos fácticos eran diferentes.

Para la Sala la acción viable, puede ser de restablecimiento si el acto administrativo del permiso adolece de ilegalidad por no haber exigido las garantías de rigor ni las pruebas sobre la propiedad de los objetos materia de la rifa. Pero, también puede ser de reparación directa si el acto en si no es ilegal pero se ejecutó irregularmente, como sucedió en el caso precitado.

Se podría pensar, en contra de esta tesis, que la resolución comentada no se notificó al actor; sobre el particular la Sala recuerda que las decisiones que afectan en forma directa e inmediata a terceros, requieren, además de la notificación personal al interesado, de la notificación por publicación que señala el artículo 46 del C.C.A., advertencia que adquiere relieve frente al fenómeno de la caducidad de la acción.

E. De otra parte, la Sala, considera que, para eventos como el que se juzga, la responsabilidad del Estado es subsidiaria; lo anterior significa que el actor, además de demostrar los presupuestos indispensables para hacerlo responsable patrimonialmente (en este caso, la ilegalidad del acto de autorización, el perjuicio sufrido y el nexo causal entre uno y otro), tiene también a su cargo la prueba de la insolvencia de la persona que realizó la rifa, o al menos que realizó todas las diligencias necesarias para obtener el pago del premio, sin resultados; en este caso, sin embargo, la negligencia del actor es notoria como el mismo lo revela en el interrogatorio que absolvió en el proceso (fl. 132); en lo que interesa afirma:

> "PREGUNTADO: Diga si conoce de vista, trato y comunicación al señor Alfonso Rodríguez Arciniegas, y en caso afirmativo, por qué circunstancia. CONTESTO: A los señores Rodríguez los distinguía pero de vista porque yo trabajé 15 años en Copetran, fue conductor de bus y porque después de ganar el premio él me hizo una constancia de que yo era el ganador del premio y que él en 15 días me entregaba el carro. PREGUNTADO: Después del plazo de 15 días de que Ud. habló con el señor Alfonso Rodríguez Arciniegas para el pago del premio, celebró Ud. con él algún acuerdo respecto al pago del premio. CONTESTO: Yo hasta la fecha no se absolutamente nada de él, ya que la única vez que tuve oportunidad de hablar con él me había hecho era una constancia que me entregaba el premio nunca pensé que fuera a actuar de esa manera él. PREGUNTADO: En el momento que Ud. se presentó ante el señor Alfonso Rodríguez Arciniegas a reclamar el premio, Ud. le concedió o accedió a un plazo para que le entregara el premio. CONTESTO: En el momento que me gané dicho premio llamé por teléfono a la Oficina que representaba la rifa y el señor que me contestó por teléfono me comunicó que estaba haciendo la vuelta para entregar el carro, no recuerdo si a los 2 o 3 días llegó el señor Alfonso Rodríguez y me dijo que se demoraba la entrega del carro porque en la agencia había que esperar turno, por eso hicimos un papel de común acuerdo con el señor Alcalde que yo lo llamé por teléfono a San Vicente y le puse en conocimiento porque autorizaban rifas sin estar el premio listo. Entonces él me dijo que aceptara que el señor Rodríguez era honrado y no iba a tener problemas, hasta después en varios meses de espera volví a hablar con el señor Alcalde y dijo que quien sabe que le pasó a esa gente porque inclusive no estaban en el pueblo y que era mejor que demandara. PREGUNTADO: Cuando Ud. adquirió la boleta de la rifa

aquí en Bucaramanga, miró si la misma pagaba impuestos o tenía sellos de alguna autoridad de Bucaramanga. CONTESTO: En realidad yo no recuerdo, únicamente vi que tenía representación en Bucaramanga y vi que tenía sellos pero no recuerdo si eran de Bucaramanga o de San Vicente." (fls. 132, 132 vto. C. 1).

La indolencia del actor por reclamar lo suyo es tanto más palpable cuando la boleta se expresaba que "los premios caducan 30 días después de verificarse el sorteo", y que, dentro del proceso no realizó diligencia alguna para hacer comparecer al gerente de la Promotora de Inversiones San Vicente a la que el Municipio le había denunciado el pleito.

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

FALLA:

PRIMERO: *Revócase* la sentencia apelada.

SEGUNDO: *Inhíbese* para fallar el fondo del asunto por ineptitud sustantiva de la demanda.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de fecha veintisiete (27) de agosto de mil novecientos noventa y dos (1992).

Daniel Suárez Hernández, Presidente de la Sala; *Juan de Dios Montes Hernández, Carlos Betancur Jaramillo, Julio César Uribe Acosta.*

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

FALLA DEL SERVICIO DE ADUANAS

Los empleados de la aduana interior se excedieron al hacer exigencias no previstas en la ley para demostrar la identidad de las mercancías reclamadas con las que figuraban en los documentos de importación; hubo exceso en la retención de la totalidad de los bienes cuando alguno de ellos cumplían, incluso, con el requisito de identificación que reclamaban los administradores por fuera de la ley; exceso en la desaparición, no explicada, de una de las máquinas de escribir, asunto que si bien tuvo ocurrencia en las bodegas del Fondo Rotatorio, se presentó cuando los bienes habían sido objeto de retención por los funcionarios de la Aduana, circunstancia suficiente para impedir un desplazamiento de la responsabilidad.

PERJUICIOS MORALES A PERSONAS JURIDICAS

Es cierto que las personas jurídicas no pueden ser víctimas del llamado "daño moral subjetivo", por cuanto su propia naturaleza las coloca al margen del dolor o de los padecimientos físicos o psicológicos que lo constituyen. Pero si se considera el daño moral en la extensión que le es propia, es decir, como el menoscabo de derechos o de bienes extrapatrimoniales jurídicamente protegidos, es indudable que las personas jurídicas pueden constituirse en sus víctimas; así su reparación no consista, de modo necesario, en una indemnización pecuniaria. Se robustece esta afirmación al amparo del precepto de la nueva Constitución que reconoce a "todas las personas" el derecho a "su buen nombre" y atribuye al estado el deber de "respetarlos y hacerlos respetar" (artículo 15), entre otros que podrían citarse como ejemplo. En el caso que se examina este daño no se probó.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera

Santafé de Bogotá, D.C., Agosto veintisiete (27) de mil novecientos noventa y dos (1992)

Consejero Ponente : *Doctor Juan de Dios Montes Hernández*

Referencia: Expediente Nº. 6221. Actor : Soc. Hernández y Domínguez Limitada

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación que interpuso el apoderado judicial de la sociedad actora en contra de la sentencia proferida el 1° de febrero de 1990 por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Cundinamarca, por virtud de la cual decidió:

"I.- Declárase no probada la excepción propuesta.

"II.- Deniéganse las súplicas de la demanda.

"III.- No se condena en costas, por cuanto no se causaron (art. 392 C.P.C.)". (fl. 145 C.1).

ANTECEDENTES PROCESALES

1.- Por medio de apoderado judicial constituido conforme a la ley, la sociedad comercial "HERNANDEZ & DOMINGUEZ LTDA.", el 5 de enero de 1986, formuló demanda en contra de LA NACION - Ministerio de Hacienda y Crédito Público - para que se dedujesen en su contra las siguientes declaraciones y condenas:

"*PRIMERA*: La Nación -Ministerio de Hacienda y Crédito Público- es responsable de los perjuicios de todo orden, que se le causaron a la sociedad 'HERNANDEZ Y DOMINGUEZ LTDA.' por la retención indebida -sic- de 100 máquinas de escribir electrónicas, marca NASCO 'NBM' en el mes de octubre de 1983, por funcionarios de la Administración de la Aduana Interior de Bogotá.

"*SEGUNDA*: La Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público - deberá pagar a la sociedad HERNANDEZ Y DOMINGUEZ LTDA., a quien, en sus derechos represento, a título de indemnización, las sumas de dinero correspondientes a los perjuicios de todo orden, materiales y morales, que se le ocasionaron -sic- con la indebida retención de las 100 máquinas de escribir electrónicas, agotada por funcionarios de la Administración de la Aduana Interior de Bogotá, de la Dirección General de Aduanas del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

"Estas sumas de dineros se pagarán debidamente actualizadas o reajustadas, teniendo en cuenta la inflación, devaluación monetaria y, la pérdida del poder adquisitivo de la moneda.

"*TERCERA*: La Nación -Ministerio de Hacienda y Crédito Público- deberá pagar a mi poderdante, por concepto de lucro cesante, daño emergente, el interés mensual, comercial o corriente, liquidado mes a mes, a partir de la fecha en que se causaron los perjuicios.

"*CUARTA*: La Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público- deberá dar cumplimiento a la sentencia que se dicte, dentro del plazo indicado en el Art. 176 del C.C.A., actual.

"Si no lo hiciere así, deberá pagar a la Sociedad que represento, intereses monetarios comerciales o corrientes a partir del vencimiento de tal término y hasta que realmente se de cumplimiento cabal, al fallo respectivo". (fls. 2 y 3 C.1).

2. Las peticiones transcritas buscaron apoyo en los siguientes hechos:

"1.- La sociedad HERNANDEZ Y DOMINGUEZ LTDA. solicitó y obtuvo aprobación de la licencia de importación 37298 de julio 14 de 1983 del INCOMEX, para traer al país cien (100) máquinas de escribir electrónicas marca NBM, modelo AS-330.

"2.- El exportador - NASCO CORPORATION de Tokyo (Japón) despachó la mercancía a esta ciudad, a la sociedad que represento, con la factura comercial #495 de agosto 25 de 1983.

"3.- La referida mercancía llegó a la Aduana Interior de Bogotá-Aduana de Nacionalización- el día 2 de septiembre de 1983, con guía aérea 01-3019 de agosto 31 de 1983- de la FAST AIR JANTZEN INTERNATIONAL LTDA., siendo ubicada en la Bodega Italia.

"4.- La sociedad demandante cumplió absolutamente con las exigencias legales establecidas en el Decreto 849 de 1979 como son la representación de la licencia o registro de importación, la factura comercial, el conocimiento de embarque o, guía aérea o, documento de transporte, el depósito provisional de renta de aduanas del Banco de la República y el depósito de pago de derechos consulares, además de someterse a los trámites burocráticos administrativos exigidos por las autoridades aduaneras.

"5.- Satisfechas las anteriores exigencias y, en virtud de lo normado en el Art. 18 del Decreto 849 de 1979, mi representada requirió de la Administración de la Aduana Interior de Bogotá, la entrega de la mercancía mediante acta, el día 21 de septiembre de 1983.

"6.- La Administración de la Aduana Interior de Bogotá dispuso, mediante acto administrativo, que previa diligencia de aforo, el señor Almacenista procediera a entregarle la mercancía, mediante acta, a mi poderdante.

"7.- Designado el aforador, éste procedió a reconocer la mercancía en cuestión y, el almacenista a entregarla a mi mandante, por acta # 10798.

"8.- El día 3 de octubre de 1983, cuando el Agente de Aduanas de la sociedad que represento fue a retirar físicamente la mercancía, entonces fue interceptado por el Cabo 12 JESUS CEBALLOS MARIN, quien le impidió retirarla porque al revisar una máquina observó que difería, en su número de identificación, con el número de identificación que aparecía en la diligencia de aforo y, fue como le comunicó a su superior inmediato, Tte. WILSON VARGAS SEGURA, quien revisó la totalidad de las máquinas, hallando que 95 de ellas presentaban tal diferencia en el sufijo de su serial de identificación.

"Por este motivo el Administrador de la Aduana Interior de Bogotá, por oficio 598 del 10 de octubre de 1983, dispuso poner a disposición de la jurisdicción penal Aduanera la mercancía en las Bodegas del Fondo Rotatorio de Aduanas.

"9.- La licencia de importación solicitada por mi mandante y aprobada por el INCOMEX, de manera alguna indicó, porque no es requisito necesario, la numeración de cada una de las máquinas, que ingresarían al país. La firma japonesa bien ha podido remitir la mercancía simplemente indicando la cantidad despachada y las características de las mismas para legalizar el ingreso, con las aprobadas por el INCOMEX en la licencia otorgada a mi mandante. Es decir, la función del aforador era verificar la cantidad, calidad, precio o valor aduanero, posición arancelaria y gravamen arancelario, mas no, como bien lo atinó, los seriales impuestos por la fábrica a cada máquina.

"Empero, la firma japonesa remitió las cien máquinas, incluyendo una lista de empaque, documento éste no requerido para el retiro de la mercancía y nacionalización, en el cual introdujo una serie de errores en el sufijo del serial de cada máquina.

"10.- El señor Administrador, desconociendo las normas y documentos requeridos y, a su vez desautorizando otros funcionarios, dispuso: 'hace que nos encontremos ante el caso de una mercancía que al intentar retirarse sin corresponder a la que fue objeto de reconocimiento, estaría desamparada en términos de documentación legal, correspondiendo en consecuencia al juez de conocimiento el calificar el posible ilícito', cuando en realidad la mercancía se halla debidamente amparada con los

documentos legales antes referidos y, además, con la aclaración del Despachador, sobre el involuntario error en el sufijo de los seriales de las máquinas.

"11.- La imprudente actitud del funcionario Administrador de la Aduana, le ha causado serios perjuicios de orden material y moral a mi mandante por la retención de las cien máquinas de escribir, legalmente importadas, bajo la licencia Nro. 37298 de julio 14 de 1983". (fls. 3 a 5 1er. cuaderno).

3. Notificada la Nación del auto admisorio de la demanda (fls. 39 - 42 C.1), por medio de apoderado especial, se opuso a las pretensiones y pidió pruebas (fls. 44-47); decretadas éstas y las solicitadas por la demandante, por solicitud de ésta se corrió traslado para alegar (fl. 122); el apoderado judicial de la Nación guardó silencio; el de la actora presentó un escrito visible a folios 123 a 125 del primer cuaderno, en el cual estima que están probados los hechos de la demanda, pues un ".....agente de la Administración procedió a retener las cien máquinas de escribir legalmente importadas, hecho este que causó perjuicios de todo orden, los cuales se encuentran ampliamente probados en los autos. La conducta (sic) asumida por el guarda de aduanas, como la del mismo Administrador de la Aduana es irregular por falta de una norma legal que respalde tal proceder, lo que demuestra un desmesurado celo en las funciones administrativas de un nuevo funcionario con las determinaciones de su antecesor, pues era desconocer el procedimiento jurídico y regular que se efectuaba para tales entregas, sin embargo, el proceder del agente administrativo se encaminó a poner en tela de juicio la legalidad de la importación poniendo en conocimiento de la autoridad judicial aduanera el decomiso de las máquinas. La conducta o acción del agente administrativo produjo un daño o lesión a los intereses de la sociedad por mi representada, toda vez que por su negligencia e imprudencia, aquella tuvo la necesidad de esperar por largos años a que se le entregaran los bienes legalmente importados, no todos, pues, bajo la custodia y tutela de la Aduana le fue sustraída una de las máquinas; sufragando costos y gastos por diferentes conceptos para determinar el lucro cesante y el daño emergente." (fls. 124 a 125 C.1); el Fiscal del tribunal concuerda con la posición de la demandante.

4. El Tribunal adoptó las decisiones transcritas al comienzo de este fallo, luego de reflexionar con esta lógica:

a. Del escrito de contestación de la demanda dedujo que la demandada había propuesto "a manera de medio exceptivo la sujeción para efectos de la prosperidad de las pretensiones al fallo de justicia penal aduanera...", medio que descartó por cuanto el Juzgado 1° Superior de Aduanas de Bogotá expidió constancia respecto del sobreseimiento definitivo de los procesados.

b. Analizó la conducta asumida por la administración y encontró que ella estructuraba una falla en el servicio capaz de comprometer su responsabilidad patrimonial; sobre este particular argumentó:

"El Decreto-Ley N° 849 de 27 de abril de 1979, vigente para la época de los hechos de que da cuenta la demanda, en su artículo 18 dispone textualmente:

"'Artículo 18. Los administradores de aduana entregarán mediante acta, previos reconocimiento y aforo con intervención de Auditoría Fiscal respectiva, la mercancía importada por personas naturales o jurídicas sujetas al pago de derechos arancelarios, siempre que se constituya previamente el depósito provisional que garantice el pago total de los mismos, conforme al artículo 6o. del presente Decreto, y que a la solicitud se acompañen copias auténticas del registro o licencia de importación, de la factura comercial, de los certificados de origen y fitosanitarios, en su caso, y del conocimiento de embarque debidamente liberado'.

"Y el artículo 20 ibídem preceptúa, que cumplidos satisfactoriamente los requisitos establecidos, deberá disponerse la entrega por Acta, dentro de los dos días hábiles siguientes a la fecha de presentación de la respectiva solicitud.

"A su vez, el artículo 14 del mencionado Estatuto expresa:

"'Artículo 14. Cuando la controversia se refiera a la naturaleza misma de la mercancía, la respectiva administración de aduana se abstendrá de ordenar su entrega hasta tanto se decida definitivamente la diferencia.

"Si la controversia fuese resuelta de conformidad con lo determinado por la Aduana, el administrador ordenará el decomiso y remate de la mercancía en favor del Estado, mediante resolución motivada sujeta a recursos de ley.

"'Si la controversia favoreciera al importador o a su agente de aduana, se ordenará la entrega de mercancía, previo el cumplimiento de todos los requisitos legales'.

"La demandante formuló solicitud de entrega de la mercancía en los términos establecidos por el artículo 18 del Decreto N° 849 de 1979 (fl. 9 C. N° 2), tal como hizo constar la Administración en Acta de Entrega N° 10798 (fl. 10 C. N° 2) y por tanto procedía la entrega real o retiro de la mercancía de la bodega de la Aduana Interior de Bogotá en la cual se encontraba depositada.

"Sin embargo la Administración de Aduanas adujo la no coincidencia en el número de serie anotado en el Acta de Entrega por el aforador con

el número de serie impreso en la mercancía e irregularmente dio aplicación a la figura de la retención, consagrada en el artículo 14 de dicho Estatuto, para el caso de presentarse controversia sobre *la naturaleza misma* (se subraya) de la mercancía, cuando se encontraba plenamente acreditado que la documentación amparaba la importación de los bienes objeto de la solicitud de entrega, de la diligencia de reconocimiento y aforo y del Acta de Entrega y, por tanto, no existía diferencia alguna sobre la naturaleza de éstos, como lo confirmó, además, el Juzgado Penal de Aduanas que conoció el caso (fl. 29 C N° 2).

"Es decir, que al contrario de lo que afirmó la Administración de Aduanas como fundamento de la retención, existía plena coincidencia entre los datos o elementos documentales a tener en cuenta para el reconocimiento y aforo y los bienes materia de tal reconocimiento y aforo, como expresamente se hace constar en el Informe de 6 de octubre de 1983 '(fls. 15 y 16 C. N° 2) que dio base a la retención, en el cual se expresa que '...la marca, modelo y posición arancelaria coinciden con la actuación de aforo'. Resulta pues ostensiblemente contradictoria la actuación de la Administración, ya que de una parte reconoce que los documentos acompañados a la solicitud de entrega y que sirven de soporte a la diligencia de reconocimiento y aforo hacen relación a la mercancía a que aquella y ésta se refieren y de otra aduce la no coincidencia de la mercancía con la que fue objeto de reconocimiento y aforo.

"El proceder de la Administración de Aduanas resulta pues, violatorio de los artículos 18, 20 y 14 del Decreto-Ley No. 849 de 17 de abril de 1979 y del artículo 16 de la Constitución Nacional, que el demandante invoca como infringidos, puesto que satisfechos los requisitos para la entrega, a su propietario, de los bienes materia de importación, la administración desconoció un derecho, el de propiedad que la Carta consagra y garantiza y el Código Civil regula e incumplió el deber que aquella impone a las autoridades de proteger en sus bienes a las personas residentes en Colombia, configurándose con tal irregular proceder el primer elemento de la responsabilidad por falla del servicio". (fls. 140 a 142 C.1).

c. La ausencia de prueba de los perjuicios reclamados mereció este tratamiento:

"..., en lo que concierne al daño o lesión, no aparece en parte alguna del libelo de demanda enunciación o mucho menos precisión al respecto. En las pretensiones de la demanda se limita la actora a solicitar se condene a la Nación al pago de las sumas de dinero, debidamente actualizadas, 'correspondientes a los perjuicios de todo orden, materiales y morales que se le ocasionaron' con la indebida retención de la mercancía por ella importada, así como al pago 'por concepto de lucro cesante, daño

emergente, el interés mensual comercial o corriente, liquidado mes a mes, a partir de la fecha en que se causaron los perjuicios', sin indicar en que consistieron tales perjuicios. En la relación de los hechos que sirven de soporte a las pretensiones, tampoco aparece en parte alguna siquiera mención de ellos, limitándose a afirmar, hecho 11.- 'La imprudente actitud del funcionario Administrador de la Aduana, le ha causado serios perjuicios de orden material y moral a mi mandante por la retención de las cien máquinas de escribir, legalmente importadas, bajo la licencia No. 37298 de julio 14 de 1983'.

"A pesar de que como es bien sabido, las pruebas que las partes soliciten o el Juez de oficio decrete, deben guardar relación con los hechos de la demanda y en el caso sub-lite no se enunciaron los daños y perjuicios cuya indemnización se pretende, al expediente se incorporaron documentos y se rindió dictamen pericial en cumplimiento del auto de 13 de abril de 1986 -decreto de pruebas- (fls. 55 y 56 del C. Principal), tendientes a demostrar la causación de perjuicios a la actora.

"Pero aún prescindiendo de la falla anotada y adentrándose en el análisis del acerbo (sic) probatorio para los fines de demostración de los referidos perjuicios y de su relación causal con la conducta de la Administración, habrá de concluirse que ellos no se encuentran acreditados.

"En efecto, en cuanto a los perjuicios morales, éstos no son susceptibles de ocasionarse a las personas jurídicas, como lo es la actora, dada la naturaleza de los mismos y el carácter de entre abstracto de éstas.

"En lo que respecta a los perjuicios materiales, por concepto de daño emergente, éstos consistirían en el valor de los honorarios profesionales originados en la atención del proceso que cursó ante la Jurisdicción Penal Aduanera y que se hace constar a folios 21 y 22 del C. Principal; en los intereses y comisiones cancelados por la demandante sobre la Carta de Crédito al Exterior No. 018300134-9 (fl. 30 C. Nº 2); en los intereses cancelados al señor Hugo Daza sobre un crédito adquirido por la demandante (fl. 25 C.Principal); en los honorarios profesionales por concepto de la atención del caso sub-judice (fls. 23 y 24 C.Principal); y en el valor de una máquina de escribir que no fue devuelta a la demandante (fl. 70 C. Nº 2).

"Analizados uno a uno, de los documentos antes relacionados, se tiene que: Los honorarios profesionales cancelados por la atención del proceso penal aduanero que se hacen constar en documento que obra a folio 22 del C. Principal, no se hallan acreditados, por cuanto el referido documento no fue reconocido (fl. 35 C. Nº 2) y por tanto no puede ser apreciado como prueba a términos del artículo 277 del C. de P. C., y los consignados en documento que obra a folio 21 del mismo cuaderno,

si bien se efectuó el reconocimiento, no se demostró que le profesional hubiese efectivamente actuado en el referido proceso; el documento que obra a folio 30 del C. Nº 2 en el que constan los intereses y comisiones cancelados por la demandante sobre la Carta de Crédito al Exterior si bien, en aplicación del Art. 278 del mismo Estatuto debe ser apreciado de acuerdo con las reglas de la sana crítica, no se halla demostrado que de no haber sido por la irregular actuación de la Administración ellos no se habrían originado, es decir que no se halla acreditado el nexo causal entre la falla y el daño; los intereses cancelados al señor Hugo Daza se hacen constar en documento privado que obra a folio 25 del C. Principal, el cual no fue materia de reconocimiento y por tanto carece de valor probatorio, a términos del artículo 277 del C. de P.C., y además no se acreditó la relación que el crédito que los originó tenga con los hechos del proceso; los honorarios profesionales por concepto de la atención del presente proceso que constan a folios 23 y 24 del C. Principal, son parte integrante de las costas del proceso y por tanto responden jurídicamente a un concepto distinto, a mas de que por ser la demandada un Ente Público, tal condena no procede a términos del artículo 171 del C.C.A.; finalmente, en cuanto al valor de una máquina de escribir que no fue devuelta a la demandante se halla demostrado, según Acta de Retención (fl. 14 C. Nº 2), Oficio 221-R-143 (fl. 18), Acta de Ingreso No. M-119 (fl. 38 C.2) y Acta de Devolución No. M-001 (fl. 70 C.Principal) que el extravió de la misma ocurrió estando la mercancía en poder del Fondo Rotatorio de la Aduana y por tanto el mencionado daño no guarda relación o nexo causal con la actuación de la demandada.

"En cuanto al lucro cesante no obra al expediente prueba alguna que permita establecer la ganancia o utilidad legítima y cierta que la demandante habría obtenido de no haber ocurrido el hecho, conducta de la Administración que la impidió.

"El dictamen pericial decretado para efectos de cuantificar los perjuicios se soporta en los documentos antes relacionados y en apreciaciones personales de los peritos, por lo cual el experticio carece de la debida fundamentación que permita otorgarle valor probatorio alguno.

"Como se desprende de lo anteriormente consignado no se halla demostrado el daño o perjuicio y por ende el nexo causal existente entre éste y la falla en la prestación del servicio por parte de la Administración y en consecuencia al no concurrir los elementos estructurales de la responsabilidad de ésta, no procede acceder a las súplicas de la demanda". (fls. 141 a 144 C.1).

5. El apelante manifiesta su inconformidad con el fallo de primera instancia, en el escrito que obra a folios 147 a 153 del C.1; a él corresponden los siguientes apartes:

"Desde el día 3 de octubre de 1983, fecha de la retención indebida - hasta la presentación de la demanda- enero 15 de 1986- la administración no había enmendado su error, entregándole las máquinas a la actora, lo que se surtió o fue de ocurrencia hasta marzo 4 de 1986, folio 70. Quiere decir, que la detención duró dos (2) años, cinco (5) meses y un (1) día o, en otras palabras, mil treinta y un días (1031).

"3.- A la Demanda, se allegaron fotocopias auténticas, entre estas, tomadas de su original, de documentos que hacen parte de la Contabilidad de la Actora, quien como obra en el proceso es comerciante, en armonía con el art. 68 C.Co. y 253 y 254 del C.P.C., documentos estos, que demuestran los egresos cubiertos por la actora, por la culpa o desafuero de la Administración con su administrado.

"Igualmente se trajo, folio 30, la cantidad de intereses cobrados por el Banco EXTEBANDES, por concepto de la carta de crédito No. 018300134-9. como también, las fluctuaciones del precio del Dollar de los Estados Unidos en Colombia, moneda en que se contrajo la obligación y moneda conra (sic) el cual había de efectuarse el reembolso, como adelante se expondrá.

"4.- Hasta tanto la Aduana Interior de Bogotá, no hizo la entrega de las máquinas de escribir -era un categórico imposible, presentar el manifiesto de Aduana, documento éste base para la cancelación de la carta de crédito, ya reseñada y a su vez proceder ante el Banco de la República, al reembolso, con el precio oficial del dólar de ese momento, como lo prevee el estatuto cambiario Dcto. 444 de 1967.

"El régimen de giros de importaciones, Resolución 18 de 14 de marzo de 1984 de la Junta Monetaria, estableció que para obtener de los establecimientos de crédito licencias de cambio destinadas al pago de mercancías importadas, la oficina de cambios deberá contar con los siguientes documentos:

'"a) Copia azul del registro o licencia de importación.

'"b) Copia amarilla del manifiesto de Importación que expide y remite la aduana respectiva a la oficina de cambios.

'"c) Depósito en moneda legal por el 95% del valor en moneda extranjera de la correspondiente licencia de cambio de que tratan las resoluciones 46 de 1977 y 19 de 1979 y normas concordantes'

"Previamente a lo anteriormente expuesto, para el efecto de la nacionalización de la mercancía se requiere el acto público del reconocimiento, sin la cual no se hace entrega de la mercancía Dcto.

2666 de octubre 26/84 art. 157-158. Esta diligencia no se lleva a cabo sobre mercancía cuestionadas como es obvio.

"5.- La petición de la prueba pericial, se formuló con la demanda, es decir antes de la entrega de la mercancía, con el fin se establecieran los perjuicios, los auxiliares de la justicia, rindieron su dictamen, según su leal saber y entender, con apreciaciones personales, juicio, dictamen, evaluación o calificación respecto a sus conocimientos, fundamento propio para este tipo de prueba.

"Los requisitos para la eficacia del dictamen se encuentran acreditados en debida forma y si bien es cierto, la valoración del dictamen le corresponde al juzgador, basado en su conocimiento personal, no le es dable a éste, si la función de aquellos es ilustrar el criterio del Juez, llevando el conocimiento de los hechos, con sus conclusiones personales desecharlo de un tajo, sin que exista un vicio de nulidad y que no cumpla las formalidades procesales. De no ser así, el Juez, debe ordenar, si la prueba es importante, así sea de oficio, otro dictamen pericial, como lo ordena el art. 233 del C.P.C., aplicado también en esta jurisdicción o de lo contrario, por sus conocimientos superiores al de los auxiliares, negar la práctica de la prueba, para suplir con certeza su conocimiento en la determinación. La carga procesal estuvo de parte de la actora, quien cumplió con lo requerido."

...

"Es de simple lógica, en que durante todo el tiempo en que las máquinas de escribir permanecieron bajo la custodia de la Aduana, produjeron serios perjuicios de orden económico a la Sociedad importadora de las mismas, y es, de equidad, que dichos costos, no los puede suplir el administrado, por no ser él, el generador de su propia falta. Este cumplió, con las normas y trámites burocráticos impuestos por la Aduana, pero ésta, incumplió o desconoció ostensiblemente los derechos que le asistían a la actora, para configurar situaciones ajenas, privando a la actora del derecho a la propiedad y al comercio, la cual solamente vino a ser reconocida en un derecho penal especializado, quien derimió (sic) favorablemente la afirmación de legalidad del representante de la actora y/o sus agentes aduaneros y a contrario sensu, impugnó la ilegalidad del proceder de la aduana.

"La imposibilidad del empleo de un bien útil, con el que se ha venido satisfaciendo ciertas necesidades, permite conjeturar la presencia de un daño, que se establece probando además de ese antecedente, la cesación de ganancia o merma de la actividad productiva, o el desembolso que hubo de hacerse para procurarse un medio sustitutivo de pérdida temporal o definitiva, reseñan los conceptos de lucro cesante y daño emergente.

"El daño emergente abarca la pérdida de los elementos patrimoniales, los desembolsos que hayan sido menester o que en futuro sean necesarios y el advenimiento positivo o mejor pasivo, causados por los hechos de los cuales trata de deducirse la responsabilidad, en tanto el lucro cesante, lo indica la expresión, por las ganancias ciertas que han dejado de percibirse o que se recibirán luego.

"La demostración de los mismos, así no alcance pormenorizadamente sus detalles y cuantías discriminadas, quedaría para la liquidación incidental posterior, es presupuesto de condena.

"7.- El Decreto 2666/84, art. 58, determina la responsabilidad de la Aduana por el almacenamiento, así esta haya celebrado contrato gratuito u oneroso con un almacén de depósito o bodega, para efecto de la custodia de las cien máquinas de escribir de propiedad de Hernández y Domínguez Ltda., hasta el momento en que se levantó o suspendió la detención. En custodia siempre permaneció la Aduana, circunstancia que el H. Tribunal exime de responsabilidad a la Administración, por atinar erróneamente como un hecho de un tercero la pérdida de una máquina de escribir de propiedad de la actora. Desechando la norma aludida, en el campo civil, el vínculo depositante -depositario no puede ser eximente de responsabilidad, ya que el depositario no puede servirse de la cosa, regalarla, extraviarla o perderla, sin que se genera ninguna obligación con el depositante o sin que ésta no pueda requerir la restitución o el precio del bien, dado en custodia.

"Tal vez frente a la cantidad retenida por la Aduana, cien máquinas y una sola de éstas, no devuelta a Hernández y Domínguez Limitada, el H. Tribunal lo estime como minucia, reclamar su entrega. Se ha querido decir, que el depositante, para unos efectos, pero a su vez es el custodiante, se encuentra liberado de toda responsabilidad- obligación, por la pérdida de la cosa, porque no fue quien la sustrajo, entonces la pérdida la debe asumir el tercero ajeno a la relación sustancial. Es de observar también, que Aduana y Fondo Rotatorio de Aduana, son órganos de la Administración o mejor entes administrativos, hoy aunados, y si la primera se encuentra en la obligación de cancelarle a mi mandante el bien hurtado en la bodega de la segunda, la primera goza de la potestad de repetir contra la segunda, para que esta le (sic) reembolse el valor cancelado. De por si la situación es anómala, pues el art. 54 Ibídem señala: 'Corresponde a la Aduana el almacenamiento, manejo y custodia de las mercaderías que son objeto de comercio exterior'.

"8.- Obra dentro del proceso, folio 35, el reconocimiento de la firma y contenido, de los documentos que se le pusieron de presente al Dr. Juan José Camargo, pago de sus honorarios, por la atención en el proceso penal, que dio origen al irregular proceder de la Aduana, en la retención

de las cien máquinas de escribir tantas veces referidas. El Tribunal desconoce el acto". (fls. 147 a 151 C.1).

6. La Doctora EDNE COHEN DAZA, Fiscal Segundo del Consejo de Estado estima que el fallo de primera instancia se debe confirmar; dice, en lo pertinente:

"....en el presente caso la demanda con la cual se inició el proceso y pieza angular del mismo, adolece de precisiones importantes en su relación con los perjuicios. En verdad, no es suficiente enunciarlos o simplemente afirmar que éstos se dieron, sino que es de suma importancia entrar a señalar de manera específica en que consistieron esos perjuicios, mas aún si como en el presente caso, la mercancía fue devuelta al propietario después de los trámites del proceso.

"Resulta un tanto forzado el tener que entrar a adivinar la clase de daño que produjo la actuación del ente demandado. El Tribunal no obstante la anterior dificultad, deduce de las pruebas allegadas algunos aspectos de esos perjuicios, como cuando la nota o certificación de honorarios, entiende que la Actora solicita que se le reconozca como perjuicios esa suma, pero lo cierto es que en la demanda no se hizo alusión a esos perjuicios ni a ningún otro. Nada se dijo del daño por concepto de intereses y comisiones pagados sobre la carta de crédito, pero aún en la hipótesis de aceptarlos, la prueba en la forma en que fue presentada no puede admitirse, como bien lo dijo la sentencia.

"En el memorial sustentatorio del recurso, el interesado reitera lo dicho en su demanda respecto a los daños, limitándose a afirmar simplemente que éstos existieron por el sólo hecho de existir la falla de la Administración". (fls. 150 a 151 C.1).

LA SALA CONSIDERA

Tiene razón el a-quo en cuanto estima que la actuación administrativa cumplida por la Aduana Interior de Bogotá es constitutiva de una falla del servicio; se despoja de ella cuando considera que los perjuicios materiales no existieron, o no se pidieron, o no se probaron.

A. Respecto de lo primero, por la prueba documental manifiesta en el expediente, se tiene este recuento cronológico de los acontecimientos:

1. La sociedad demandante, con sujeción a las reglas legales vigentes, importó del Japón cien (100) máquinas de escribir electrónicas, marca NBM, modelo AS-330, por un valor total de US$20.500 y un costo unitario de US$205=.

2. La firma exportadora, Nasco Corporation, en la factura comercial N° 495 del 25 de agosto de 1983, describió así la mercancía:

"CIEN (100) UNIDADES MAQUINAS DE ESCRIBIR ELECTRONICAS MARCA NASCO/NBM MODEL AS-330 SEGUN REGISTRO DE IMPORTACION Nro. 37298 DE JULIO 14/83".

Y, en la parte final del documento, agregó:

"Serial Number: N280206511 - N280206610".

Esta última anotación será la fuente del conflicto posterior (fl. 21 C.2).

3. Llegada la mercancía al País, la importadora cumplió las exigencias legales de nacionalización y el 21 de septiembre de 1983 la siguiente solicitud:

"Señor

SUB-ADMINISTRADOR DE LA

ADUANA INTERIOR DE BOGOTA

Ciudad

"Apreciado Señor:

"Basados en el Decreto 849/79 y reglamento general de Aduana No. 328 de Mayo 15/79, de manera muy atenta solicitamos se sirva ordenar a quien corresponda, la revisión y entrega mediante Acta, de la mercancía llegada bajo Guía Aérea No. 01-3019 de Jantzen Internacional Ltd., de Agosto 31/83, consistente en 100 cartones con máquinas de escribir electrónicas marca NASCO/NBM. Esta mercancía se encuentra amparada por la Licencia de Importación No. 37298 de julio 14/83 y Factura Comercial No. 495 de Agosto 25/83 por US20.500.oo Depósito Provisional No. 60741 de Septiembre 20/83 por valor de $1.063.836.oo Depósito Consular No. 043895 de Septiembre 20/83 por $19.688.oo consignados en el Banco de la República, Depósito Provisional No. 61457 de Septiembre 22/83 consignado en el Banco de la República ." (fl. 9 C.2).

4. La respuesta favorable se produjo por medio del acta de entrega No. 1078 de una fecha que oscila entre el 21 y el 29 de septiembre de 1983, en cuya parte final se repitieron las cifras comprensivas de los seriales de las máquinas de escribir (fl. 10 C.2); el 29 de septiembre el administrador de la Aduana Interior de Bogotá expidió el auto S10798, en el que ordenó:

"En atención al escrito radicado con el No. 024962 de 27 SET.1983 dese traslado al Aforador que se designa al pie presente Auto, para que con la intervención de un funcionario de la Auditoría Fiscal, practique la diligencia de Reconocimiento y Aforo en los términos señalados en el Artículo 18 del Decreto 849 de 1979 de la mercancía amparada con los documentos que se relacionan mas adelante y si como resultado de esta diligencia se confirma que dicha mercancía se encuentra conforme con lo consignado en tales documentos de nacionalización, se proceda por parte del Sr. Almacenista a efectuar la entrega mediante Acta conforme al Artículo ya citado, previo cumplimiento de lo dispuesto por el Artículo 258 del Código de Aduanas". (fl. 12 C.2).

5. Todo marchaba bien hasta el 6 de octubre, en el momento de hacer entrega de las mercancías; relata lo ocurrido el Oficial Coordinador de la Bodega, en el informe que rinde al Comandante del Resguardo de la Aduana Interior de Bogotá, en el cual expresa:

"Respetuosamente me permito informar a mi Capitán sobre la anomalía presentada en una mercancía localizada en la Bodega ITALIA.

"El día 6 de octubre del presente año siendo las 17:00 hrs. el señor ALFONSO LOZADA RAMOS, identificado con la C.C. No. 17'011257 de Bogotá y Agente de Aduana de HERNANDEZ Y DOMINGUEZ LTDA. con Carnet No. 1780 se presentó a la Bodega ITALIA, con el fin de retirar de ésta la mercancía amparada por medio del Acta de Entrega No.798 que consta de cien (100) cartones conteniendo igual número de máquinas de escribir electrónicas marca NASCO/NBM, Modelo AS-330 de series que iban de la N280206511 a la N280206610 cobijada bajo el Registro de Importación No. 37298 de Julio 14/83 a nombre de HERNANDEZ Y DOMINGUEZ LTDA. cuya dirección es Calle 30 No. 17-52, teléfono 2-451864 y 2-859981, NIT 60.090.687. Hechas las diligencias del caso que para el retiro de la mercancía se necesita (Descargue de mercancía en los Libros de Bodega y Resguardo, firma del almacenista y sus respectivos sellos de Salida) y cuando el señor Lozada se dirigía con la mercancía a sacarla del Almacén para ser embarcada, el señor Cabo 12 CEBALLOS MARIN JESUS, luego de revisar el serial de una de las máquinas verificó que ésta no se encontraba dentro de las reconocidas en la actuación de aforo, por lo que procedió con el A.S. de Placa No. 5156 a revisar otra máquina en las cuales se presentó el mismo problema. Al hacerme presente en la Bodega y constar tal anomalía, verificar las seriales procedí a informar a mi Capitán". (fl. 15 C.2).

Más adelante cuenta que de las 100 máquinas de escribir, 5 coincidían con "las series que dicen ser reconocidas en la actuación de aforo" y las 95 restantes tenía series divergentes.

6. Al día siguiente, 7 de octubre el Comandante del Resguardo pone a disposición del Administrador de la Aduana Interior de Bogotá las máquinas aludidas con el siguiente mensaje:

> "Por medio del presente y con el fin de dar cumplimiento a su concepto relacionado con la consulta verbal efectuada en el día de ayer, por parte del Sr. Teniente WILSON VARGAS SEGURA, me permito poner a su disposición cien (100) máquinas de escribir electrónicas marca NASCO/ NBM, modelo AS-330 retenidas por el mencionado Oficial en el momento en que iban a ser retiradas por el interesado señor ALFONSO LOZADA RAMOS, después de cumplir irregularmente los requisitos de nacionalización, ya que en noventa y cinco (95) de ellas no coinciden la numeración indicada en la correspondiente lista de Embarque; a lo anterior se agrega que en lugar correspondiente a la fecha tanto del Acta de Entrega como de reconocimiento por parte del Sr. Aforador ELIO IBARRA MENDOZA, se dejó en blanco el espacio correspondiente al día de las diligencias". (fl. 19 C.2).

7. El Administrador estima que la "mercancía debe ser puesta a órdenes de la Justicia Penal Aduanera y depositada en el Fondo Rotatorio de Aduanas...." (fl. 13 C.2), conducta que asume el 19 de octubre, mediante el folio 221-R-1-143 (fl. 18 del mismo cuaderno).

El día anterior, 18 de octubre, se extiende el "recibo de retención de mercancía" N° 02193 (fl. 14 ibídem, los bienes son trasladados al fondo Rotatorio de Aduanas (fl. 10 y 38 C.2).

8. El proceso penal finalizó con sobreseimiento definitivo en favor de los procesados y la orden de entrega de las mercancías (fl. 29), diligencia que se cumplió el 4 de marzo de 1986 sobre 99 máquinas sin que se conozca el paradero de la máquina faltante (fls. 70 y 71 del C.1).

Este registro histórico pone de manifiesto una clara extralimitación de las funciones de los empleados de la Aduana Interior de Bogotá en relación con las disposiciones legales que regulaban su conducta, es decir, los preceptos contenidos en el Decreto N° 849 de 1979); se excedieron al hacer exigencias no previstas en la ley para demostrar la identidad de las mercancías reclamadas con las que figuraban en los documentos de importación; hubo exceso en la retención de la totalidad de los bienes cuando algunos de ellos (5 máquinas) cumplían, incluso, con el requisito de identificación que reclamaban los administradores por fuera de la ley; exceso, en la desaparición, no explicada, de una de las máquinas de escribir, asunto que si bien tuvo ocurrencia en las bodegas del Fondo Rotatorio, se presentó cuando los bienes habían sido objeto de retención por los funcionarios de la Aduana, circunstancia suficiente para impedir un desplazamiento de la responsabilidad.

En síntesis, no hay duda de que, por acción y por omisión, se cometió una falla del servicio imputable al Estado, el cual está llamado a responder de los perjuicios que con ella haya causado siempre y cuando sean su efecto directo e inmediato.

B. El tratamiento que dio el a-quo a los perjuicios reclamados, da la oportunidad a la Sala para hacer las reflexiones siguientes:

1. No se pueden compartir los términos absolutos de la afirmación del Tribunal que declara a las personas jurídicas como no "susceptibles" de sufrir perjuicios morales; es cierto que dichas personas, no pueden ser víctimas del llamado "daño moral subjetivo", por cuanto su propia naturaleza las coloca al margen del dolor o de los padecimientos físicos o psicológicos que lo constituyen.

Pero si se considera el daño moral en la extensión que le es propia, es decir, como el menoscabo de derechos o de bienes extrapatrimoniales jurídicamente protegidos, es indudable que las personas jurídicas pueden constituirse en sus víctimas; así su reparación no consista, de modo necesario, en una indemnización pecuniaria. Se robustece esta afirmación al amparo del precepto de la nueva Constitución Política que reconoce a "todas las personas" el derecho "a su buen nombre" y atribuye al estado el deber de "respetarlos y hacerlos respetar" (artículo 15), entre otros que podrían citarse como ejemplo.

Asunto diverso es que en el caso que examina la Sala esta daño no se haya probado y que, por lo tanto, deba denegarse.

2. Es cierto que la demanda no es un modelo de claridad, de precisión y de concreción para reclamar los perjuicios materiales; sin embargo, el planteamiento genérico de los mismos no puede ser razón suficiente para denegarlos si dentro del proceso aparece prueba suficiente de los mismos.

En ese orden de ideas, no hay duda alguna del extravío, o, al menos, de la no entrega de una de las máquinas de escribir que había importado la actora y le había retenido irregularmente la Aduana. Es claro que dicho evento ocurrió en el Fondo Rotatorio de Aduanas, entidad que recibió las 100 máquinas (fl. 38 C.2) y entregó 99 (fls.70 C.1); sin embargo esta sola circunstancia no rompe el nexo causal entre la actuación ilegal de la Aduana y el daño producido, pues fue el Resguardo Nacional de Aduanas la entidad que depositó tales bienes en el Fondo, y fue la Administración de la Aduana Interior de Bogotá la que dio la orden de entrega según se deduce de los documentos indicados.

Este es, pues, un primer perjuicio indemnizable, a lo cual se procederá de la siguiente manera:

- Se tomará el valor de US $250= con que se importó al País cada máquina de escribir; el valor del dólar será el que certifica dentro del proceso el Banco de la República para el 22 de septiembre de 1983, o sea de $82.90.

205 x 82.90 = 16.994,50. Es el daño emergente.

A partir de esa fecha, se liquidarán intereses comerciales sobre dicha suma hasta la fecha de la sentencia, año por año según lo certifique la Superintendencia Bancaria, cuidando no liquidar intereses de intereses. Es el lucro cesante.

Entre el 4 de octubre de 1983 y el 15 de octubre de 1984, los intereses corrientes certificados por la Superintendencia Bancaria fueron del 18%

16.994,50 x 18%=3.059.01 (por un año)

93.46 (por 11 días)

3.152.47

Del 15 de octubre de 1984 hasta hoy, la tasa de dicho interés se ha mantenido en 33.60%

16.994,50 x 33.6 % = 5.710.15 (anual)

5.710.15 x 7 años = 39.971,74

x10 meses= 4.758.45

44.730.,19

Total lucro cesante por la máquina perdida : $47.882.66 más $16.994,50 del daño emergente: $64.877.16

El concepto pericial que se practicó en el proceso (fls. 103 - 113 del C.1) carece de toda consistencia razón que determina su no consideración por la Sala.

De otro lado, si bien es cierto que las 99 máquinas restantes se entregaron, sin reparos, a su dueña, tal cosa vino a ocurrir el 4 de marzo de 1986, es decir, después de dos años y 4 meses de su retención, tiempo durante el cual la demandante debió mantener inmovilizado, en contra de su voluntad, un

capital que normalmente destinaba al comercio, actividad en la cual el ánimo de lucro se debe presumir.

De manera que, con las bases anteriores se tiene:

16.994,50 x 99 = 1'682.455,50, suma que corresponde al capital inmovilizado por la actora y sobre el cual se liquidarán intereses comerciales entre el 6 de octubre de 1983 y el 4 de marzo de 1986, a la tasa que certifica la Superintendencia Bancaria, sin que haya lugar a liquidar intereses de intereses, así:

- Entre el 4 de octubre de 1983 y el 15 de octubre de 1984, al 18% anual.

- Entre el 15 de octubre de 1984 y el 4 de marzo de 1986, el 33% anual (fl. 114 del C.1). Luego:

1.682.455, x 18%= 302.841,99 por un año

más 11 días = 9.253,50

312.095,49

y

1.682.455,50 x 33.6% = 565.305.04 por un año

más 4 meses 188.435.01

más 19 días 29.835.54

Total 783.575.59

Indemnización total, por perjuicios materiales:

783.575,59

64.877,16

848.452,75

No se consideran, dentro del perjuicio reclamado, los honorarios profesionales cubiertos con ocasión del proceso penal porque éste no se adelantó contra la parte actora la cual, como persona moral que es, no puede ser sujeto de dicha responsabilidad; así lo determina, además la certificación que obra a folios 29 del C.2, según la cual dicho proceso se adelantó en contra de Henry Hernández Lozano, Iván Campos Artunduaga, Alfonso Lozada Ramos y Elio Ibarra Mendoza.

Tampoco hay lugar a reconocer los honorarios causados en este proceso contencioso administrativo por la prohibición legal del artículo 171 del C.C.A.

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

FALLA:

Revócase la sentencia apelada y en su lugar se dispone:

PRIMERO: *Declárase* responsable patrimonialmente a la Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público de los perjuicios materiales que ocasionó a la sociedad HERNANDEZ Y DOMINGUEZ LTDA. con la actuación que señala la parte motiva de esta sentencia y se la condena a pagar, en su favor, la suma de OCHOCIENTOS CUARENTA Y OCHO MIL CUATROCIENTOS CINCUENTA Y DOS PESOS CON SETENTA Y CINCO CENTAVOS M/CTE. ($848.452,75).

SEGUNDO: Esta suma devengará intereses comerciales dentro de los seis meses siguientes a la ejecutoria de este fallo y moratorios luego de ese término.

Dése cumplimiento a los artículos 176 y 177 del C.C.A. para lo cual se expedirá copia de esta sentencia con constancia de su ejecutoria con destino al Ministerio de Hacienda y Crédito Público y a la parte actora (art. 115 del C. de P.C.).

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de fecha veintisiete (27) de agosto de mil novecientos noventa y dos (1992).

Daniel Suárez Hernández, Presidente de la Sala; *Juan de Dios Montes Hernández, Carlos Betancur Jaramillo, Julio César Uribe Acosta.*

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

FALLA DEL SERVICIO POR OMISION / ACTIVIDAD PELIGROSA

Por razón de sus funciones, la víctima debía transportar valores y dineros para el pago de nóminas; pese al peligro que esa actividad representaba no contaba con ningún tipo de seguridad. El atraco y muerte del pagador descrita en el proceso constituye una falta o falla del servicio que compromete la responsabilidad de la demandada; en efecto, en razón de sus funciones , el occiso estaba expuesto a eventos de extraordinario riesgo para su integridad , y el de los bienes bajo su custodia.

Esa labor delicada y riesgosa impone la adopción de las precauciones necesarias para prevenir un atraco o por lo menos ante una situación de peligro no se encontrara en condiciones de absoluta indefensión.

CONSULTA / PERJUICIOS MATERIALES- Actualización.

En razón de que el Consejo de Estado conoce del proceso en grado de consulta en favor de la administración, el monto de los perjuicios materiales será el señalado por el Tribunal . No obstante, por razones del tiempo transcurrido desde cuando se profirió el fallo consultado (18 meses) y teniendo en cuenta la pérdida acelerada del poder adquisitivo de nuestra moneda, esos valores deben ser actualizados con el fin de que no se pierda el efecto señalado en la sentencia de primer grado de reparar los perjuicios causados a la parte actora por la falla o falta probada del servicio en que incurrió la administración; en esta oportunidad, el índice será el del mes siguiente al fallo del *a-quo*, e índice final el de la fecha de esta providencia.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera

Santafé de Bogotá, D.C., Agosto veintisiete (27) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente : *Doctor Juan de Dios Montes Hernández*

Referencia: Expediente No. 6671 Actor : Nidia del Carmen Sánchez y otros.

Resuelve la Sala el grado de consulta de la sentencia que profirió el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, el 24 de febrero de 1991, por medio de la cual adoptó las siguientes determinaciones:

"1).- DECLARACION (SIC) A LA NACION COLOMBIANA- MINISTERIO DE SALUD- SERVICIO NACIONAL DE ERRADICACION DE LA MALARIA -SEM- administrativamente responsable de la muerte del señor CESAR AUGUSTO PUELLO ALCOCER, por hechos ocurridos el día 6 de Junio de 1986.

"2).- Como consecuencia de la declaración anterior, CONDENASE A LA NACION - MINISTERIO DE SALUD - SERVICIO NACIONAL DE ERRADICACION DE LA MALARIA - SEM- a pagar a los señores: NIDIA DEL CARMEN SANCHEZ DE PUELLO; CESAR AUGUSTO Y WALTER HERNANDO PUELLO SANCHEZ, menores de edad, representados por su señora Madre Nidia del Carmen Sánchez de Puello y a MYRNA ANGELICA PUELLO SANCHEZ, el equivalente de UN MIL (1.000) GRAMOS ORO PARA CADA UNO . Estos valores se tasarán al precio sobre metal que indique el Banco de la República a la fecha de ejecutoria de ésta sentencia.

"3).- CONDENASE A LA NACION - MINISTERIO DE SALUD- SERVICIO NACIONAL DE ERRADICACION DE LA MALARIA - SEM- a pagar a título de Perjuicios Materiales (Lucro Cesante) a la esposa y a los tres hijos, la indemnización con base en las operaciones aritméticas detalladas en la parte motiva de ésta providencia las siguientes sumas de dinero:

"A) INDEMNIZACION DE VIDA : (sic)

Nidia del Carmen Sánchez de Puello (esposa)
$ 1.663.954

Myrna Angélica Puello Sánchez (hija) $ 554.638

César Augusto Puello Sánchez (hijo) $ 554.638

Walter Hernando Puello Sánchez (hijo) $ 554.638

"B) INDEMNIZACION FUTURA

"Nidia del Carmen Sánchez de Puello (Esposa) $ 5.881.084

Myrna Angélica Puello Sánchez (hija) $ 208.515

César Augusto Puello Sánchez (hijo) $1.067.630

Walter Hernando Puello Sánchez (hijo) $1.412.627

"4) Las Sumas anteriores, serán actualizadas conforme con lo indicado en la parte motiva de esta providencia.

"5) Esta condena se cumplirá en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A.

"6) CONSULTESE CON EL SUPERIOR , si no fuere apelada ." (fol. 178 y 179 C. 1).

ANTECEDENTES PROCESALES

1o. *La demanda.*- El 3 de junio d e1.988, mediante apoderado legalmente constituido y en ejercicio de la acción de reparación directa que consagra el artículo 86 del C.C.A., presentaron demanda en contra de la NACION-MINISTERIO DE SALUD , SEM, las siguientes personas: NIDIA DEL CARMEN SANCHEZ DE PUELLO. CESAR AUGUSTO , WALTER HERNANDO Y MYRNA ANGELICA PUELLO SANCHEZ.

Pidieron declarar a la parte demandada responsable de los daños y perjuicios morales y materiales que les causó la muerte violenta de CESAR AUGUSTO PUELLO ALCOCER, esposo legítimo de la primera , padre de los otros demandantes, quien murió víctima de un atraco perpetrado la tarde del 6 de junio de 1986, en la ciudad de Buenaventura en el Departamento del Valle del Cauca.

Consecuencialmente reclaman el pago de las indemnizaciones correspondientes a los siguientes factores: Por perjuicios morales, el equivalente en moneda nacional a 1.000 gramos de oro fino, para cada uno de ellos ; por concepto de perjuicios materiales, el lucro cesante por la ayuda económica que dejaron de percibir durante la vida probable del occiso; finalmente solicitaron la actualización de estos perjuicios.

La *causa petendi*, la hicieron consistir en los siguientes hechos:

"1 .- El señor CESAR AUGUSTO PUELLO ALCOCER, quien en vida se identificó con la cédula de ciudadanía No. 3.870.983 de Magangué, prestó sus servicios al MINISTERIO DE SALUD, DIRECCION DE CAMPAÑAS DIRECTAS. desde el 16 de Enero de 1961 hasta el 6 de Junio de 1986 (tiempo no continuo), fecha en la cual ocurrió su deceso por muerte violenta.

"2.- El señor CESAR AUGUSTO PUELLO ALCOCER, murió en el desempeño de sus funciones tal y como consta en la denuncia criminal instaurada el día 10 de Junio de 1986 por el señor CRISTOBAL VIVEROS VIVEROS, funcionario del SEM.

"3.- El señor CESAR AUGUSTO PUELLO ALCOCER desempeñó funciones de pagador Código 5045 grado 11 en el Ministerio de Salud Dirección de Campañas Directas Servicio Erradicación de la Malaria, desde el 19 de Agosto de 1985 hasta Junio 6 de 1986, en forma ininterrumpida, conforme a certificación expedida por el Ministerio de Salud.

"4.- La hora del deceso del Señor CESAR AUGUSTO PUELLO ALCOCER, fue las 5: 30 P.M. del día 6 de Junio de 1986 conforme al registro civil de defunción.

"5.- El señor CESAR AUGUSTO PUELLO ALCOCER, fue víctima de atraco y homicidio en su persona dentro del vehículo oficial alrededor de las 4: 30 P.M. del día 6 de Junio de 1986 con el fin de apropiarsen (sic) de dineros de cheques cambiados en el Banco Popular de la Ciudad de Buenaventura (Valle) , dineros estos pertenecientes al Ministerio de Salud , para cancelación de Nóminas.

"6.- El señor CESAR AUGUSTO PUELLO ALCOCER no tenía arma de dotación oficial para su protección y la protección de los valores que consigo llevaba.

"7.- El señor CESAR AUGUSTO PUELLO ALCOCER no tenía vigilancia , ni escolta de ninguna naturaleza en el momento del insuceso.

"8.- El señor CESAR AUGUSTO PUELLO ALCOCER se encontraba en total estado de indefensión al momento del ataque, ya que él , ni el chofer del carro oficial, señor NELSON BANGUERA pudieron repeler el ataque.

"9.- El lugar de los hechos fue la ciudad de Buenaventura (Valle).

"10.- El señor CESAR AUGUSTO PUELLO ALCOCER dependía económicamente del salario que recibía como empleado del Ministerio de Salud Dirección de Campaña Directa Servicio Nacional de Erradicación de la Malaria.

"11.- La señora esposa NIDIA DEL CARMEN SANCHEZ DE PUELLO y los hijos MYRNA ANGELICA PUELLO SANCHEZ, CESAR AUGUSTO PUELLO SANCHEZ Y WALTER HERNANDO PUELLO SANCHEZ, dependían económicamente de su señor esposo y padre CESAR AUGUSTO PUELLO ALCOCER, tal y como consta en las declaraciones extrajuicio que se anexan de RAFAEL PEÑA CONDE Y JAIRO RODRIGUEZ MORALES.

"12. La señora esposa como los hijos del señor CESAR AUGUSTO PUELLO ALCOCER, han sufrido perjuicios tanto de orden material como moral, lo primero porque era la columna y sostén económico de estos y lo segundo porque era el esposo y padre y por lo mismo se presumen. "(fols. 59 y 60 C. 1)

2.- *Trámite de la primera instancia.*- El Tribunal admitió la demanda y notificó el auto admisorio al Ministerio de Salud y al Director del Servicio de Erradicación de la Malaria , entidades que no contestaron la demanda.

Las pruebas pedidas por la parte actora fueron decretadas por auto de 14 de abril de 1989 y se allegaron de manera regular y oportuna al juicio.

Vencido el término probatorio, se dio traslado a las partes lo mismo que al Ministerio Público a fin de que , en su orden, presentaran los alegatos de conclusión y rindiera concepto de fondo. (fols. 87 y 98); las demandadas guardaron silencio; el apoderado de la parte actora destaca que el occiso carecía de escolta, de arma de dotación o, por lo menos, de algún elemento de seguridad para proteger tanto su vida como los valores a su cargo. No discute la eventualidad de que aún disponiendo de esos medios no se hubiera podido impedir el atraco pero de haber contado con ellas seguramente hubiera podido evitar la tragedia, "pues entre el acto de disparo al neumático y acercamiento al auto hubo un lapso de tiempo para una posible reacción, afirmación esta que se hace con base en la denuncia criminal y las declaraciones rendidas dentro del presente. "Precisa que hubo desprotección total y omisión del Estado de tutelar su vida que se trataba de una persona merecedora de especial protección en razón de sus funciones de pagar que lo obligaba a manejar sumas importantes de dinero circunstancia por la cual estaba expuesto en alto grado a ser sujeto de ataques contra su vida y contra los bienes y valores que tenía encomendados.

Advierte que la muerte ha ocasionado un grave descalabro familiar, afectivo y económico puesto que la señora y sus tres hijos se han visto sometidos a un sinnúmero de penurias y limitaciones.

El Fiscal del Tribunal no vislumbra falla del servicio a cargo de la administración pues la tragedia no le es imputable; se debió al hecho de un tercero, es decir, a los delincuentes que lo atacaron y le dieron muerte, agrega que el pagador no iba solo ni a pié sino en un vehículo oficial, acompañado del respectivo conductor y que la víctima , "aceptó los riesgos inherentes al cargo, sin que , como ya se dijo, solicitara escolta o arma para su defensa", finaliza solicitando desestimar las súplicas de la parte actora.

3.- *El fallo consultado.*- La providencia objeto de consulta destaca que con las copias del registro civil de defunción, el acta de levantamiento del cadáver, de la necropsia, de la denuncia y el auto cabeza de la investigación penal, se acredita el hecho de la muerte y que esta se produjo por shock hemorrágico causado por arma de fuego, el 6 de Junio de 1986.

Precisa que, con los registros civiles de matrimonio y de nacimiento que se acompañaron a la demanda , se demuestra la calidad de esposa e hijos que en ese libelo adujo la parte actora.

Los testimonios recepcionados , le merecen plena credibilidad porque se ajustan a las exigencias previstas en el Art. 228 del C . de P.C., de ellos y de los antecedentes relativos a la vinculación del occiso, concluye que en el proceso se halla debidamente acreditado que César Augusto Puello, encontrándose desempeñando el cargo de Pagador del Servicio Nacional de Erradicación de la Malaria - SEM - Zona IX de Buenaventura, murió a consecuencia de las heridas de arma de fuego recibidas durante un atraco y que su muerte le produjo un perjuicio a los demandantes. "

"Que la administración debe responder , por cuanto, no cumplió con el mandato constitucional consagrado en el Art. 16, máxime aún como en el presente caso, en que la actividad desempeñada por el funcionario - cobro y transporte de dinero para el pago de nóminas , así lo ameritaba".

Deducida la falla o falta del servicio a cargo de la administración estudió las indemnizaciones reclamadas bajo esta óptica.

"PERJUICIOS MORALES:

"Sabemos que reiteradamente la jurisprudencia ha sostenido que cuando se trata de Cónyuge e hijos , esta clase de perjuicios se presumen por el mero hecho del parentesco, requisito suficientemente demostrado con las copias de los registros civiles arrimados con la demanda.

"Así las cosas, se reconocerá para cada uno de los demandantes el equivalente de un mil (1.000) Gramos de Oro.

"Establecida la calidad de esposa por parte de la señora Nidia del Carmen Sánchez de Puello y la de hijos, respecto de Myrna Angélica, César

Augusto y Walter Hernando, mediante la prueba documental aportada, como también , la dependencia económica respecto del causante por parte de éstos, conforme con las declaraciones rendidas por los señores Cristobal Viveros Viveros y Nelson Banguera Valencia, se procederá ya que existen suficientes elementos de juicio a hacer la Condena en CONCRETO, con la salvedad, que en cuanto toca con la Actora Myrna Angélica Puello Sánchez , solo se le reconocerán los meses restantes que le faltaban, cuando se produjo la muerte de su padre, para alcanzar la mayoría de edad. En cuanto a los menores su liquidación se hará hasta que se presente para cada uno de ellos , este mismo evento.

"Es de anotar que en lo relacionado con esta condena se tendrá en cuenta, la estimación que en cuanto a la cuantía de los perjuicios , hace la parte demandante en el escrito de la demanda (fls. 65 y 66 de éste cuaderno).

4.- *Los alegatos del grado de consulta.*- En el término del traslado otorgado para alegar de conclusión ante el Ad-quem, la parte demandada continuó en silencio; el apoderado de los demandantes presentó el escrito visible a los folios 185 a 187, en el que solicita adicionar la condena con los perjuicios materiales actualizados correspondientes a los años de 1986, 1987 y los meses de enero a abril de 1988, "que el Tribunal manifiesta en su parte considerativa que los tendrá en cuenta , pero al parecer por olvido involuntario no los relacionó en la parte resolutiva".

Para la señora Fiscal Segunda del Consejo de Estado, doctora Edné Cohen Daza, la providencia objeto de la consulta debe ser confirmada, pues está acreditada la legitimación de los actores para reclamar el derecho a ser indemnizados de la administración al no haber suministrado la protección que la víctima requería en razón de su cargo que lo exponía a riesgos como el que enfrentó, cuando desafortunadamente perdió la vida.

Del concepto de la Fiscalía , merecen destacarse los siguientes apartes:

"Está obligada la administración a salvaguardar la vida, honra y bienes de sus funcionarios, ante amenazas de peligros inminentes, ofreciendo acción vigilante y previsiva a un servidor que en razón de la peligrosidad que su oficio conllevaba , estaba expuesto a riesgos que de haber sido previstos oportunamente, se hubiesen podido evitar.

"La solicitud que hace la parte actora, es improcedente por tratarse del grado de consulta, la cual se surte a favor de la administración. Si realmente existió una omisión en la parte resolutiva de la sentencia, el interesado ha podido solicitar, en tiempo oportuno, la adición de la misma, o interponer el recurso de apelación". (fol . 193 C. 1).

LA SALA CONSIDERA

La Sala acoge en su integridad el análisis y las conclusiones a que llegó el a-quo y estima que la sentencia consultada debe ser confirmada ya que los supuestos de la responsabilidad administrativa así como el derecho a los perjuicios que reclaman los demandantes fueron correctamente evaluados.

Se debe dejar constancia del absoluto silencio que guardo la demandada, razón por la cual no existen excepciones ni otros medios de defensa sobre los cuales se deba hacer pronunciamiento.

El acervo probatorio acredita los siguientes hechos fundamentales:

1.- César Augusto Puello se desempeñaba como pagador de la Dirección de Campañas Directivas del Servicio de Erradicación de la Malaria - SEM, del Ministerio de Salud, en la ciudad de Buenaventura, Departamento del Valle del Cauca.

2.- Por razón de sus funciones, debía transportar valores y dineros para el pago de nóminas; pese al peligro que esa actividad representaba no contaba con ningún tipo de seguridad.

3.- Según las declaraciones recaudadas en la actuación, que son contestes y merecen credibilidad, el día de los hechos César Augusto Puello había retirado de una Sucursal del Banco Popular una gruesa suma de dinero en efectivo, destinada al pago de la nómina y, en un carro oficial, se dirigía hacia su sede; los atracadores dispararon a las llantas del automotor y obligaron al conductor Nelson Banguera a detener la marcha , circunstancia que aprovecharon los delincuentes para acercarse, disparar contra la víctima , y llevarse el maletín con el dinero.

La situación descrita constituye una falla o falta del servicio que compromete la responsabilidad de la demandada; en efecto, en razón de sus funciones, el occiso estaba expuesto a eventos de extraordinario riesgo para su integridad, y el de los bienes bajo su custodia, esa labor delicada y riesgosa impone la adopción de las precauciones necesarias para prevenir un atraco o por lo menos que ante una situación de peligro no se encontraba en condiciones de absoluta indefensión.

La muerte y sus causas se hallan establecidas con las copias del registro civil de defunción, el acta de levantamiento del cadáver y el protocolo de la necropsia (fls. 14 a 17).

Como lo destaca el fallo objeto de la consulta , el análisis evaluativo de las pruebas permite deducir que está acreditada la situación fáctica narrada en la demanda, la cual compromete la responsabilidad de la administración por falla o falta del servicio, según se ha dicho.

LA CONDENA:

A.- *Los perjuicios morales*.- Conforme a la jurisprudencia que aplica el Consejo de Estado a procesos de esta naturaleza, los perjuicios de índole moral se presumen en la línea de parentesco de los padres, los hijos , los cónyuges entre sí y para los colaterales hasta el segundo grado.

En tales condiciones , estando probada la calidad que dijeron tener los demandantes para actuar en este juicio y dado que en la cuantificación de los perjuicios se tuvieron en cuenta los lineamientos trazados por la Sala no hay observación que hacer a su reconocimiento. El precio del gramo de oro, será el nacional que certifique el Banco de la República para la fecha de ejecutoria de esta providencia.

B.- *Los perjuicios materiales*.- La prueba testimonial da cuenta que los demandantes dependían económicamente del occiso, circunstancia que demuestra el perjuicio material reclamado.

Sin embargo, al liquidarlo el Tribunal no tuvo en cuenta los extremos y fórmulas que debía observar para ese caso; las pautas a las que debió ajustarse, eran las siguientes:

a).- La renta histórica es la correspondiente a la asignación que tenía el occiso para la fecha de la tragedia la cual , conforme a la certificación visible al fl. 8, era de $35.210 mensuales; de esa suma se descuenta un 25% que se supone destinaba a su congrua subsistencia.

b). El saldo, $26.408.oo, se dividirá en un 50% para la viuda ($13.204) y el resto en tres partes iguales para cada uno de los hijos ($4.401.33 c/u).

c).- Los ingresos así establecidos se actualizarán mediante la fórmula

$$V.P. = \frac{\text{Indice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$, en donde :

V.P. = Es el valor que se busca.

R = La renta histórica en cada caso.

Los índices, los de precios al consumidor que lleva el DANE , en el cual el inicial será el de la fecha del insuceso, de 57.95% e índice final, el de la fecha del fallo del *a-quo*, ó sea 177.36

Renta actualizada de la cónyuge $ 40.411.76

Renta actualizada de cada uno de los hijos $ 13.470.58

La indemnización comprende dos períodos : El primero vencido o consolidado, corre desde el 6 de junio de 1986, hasta la fecha del fallo del Tribunal de 14 de febrero de 1991, para un total de 56.26 meses; y el futuro o anticipado, se cuenta desde el 15 de febrero de 1991, hasta la fecha de vida probable del occiso quien era mayor que la esposa, y de la mayoría de edad de cada uno de los hijos.

Cuando se produjo su fallecimiento, César Puello contaba con 44 años de edad, luego su vida probable era de 30.81 años ; descontando el tiempo de la indemnización debida, el futuro o anticipado será de 331.46 meses. Myrna Angélica, nació el 13 de octubre de 1969 y cumplió su mayoría el 13 de octubre de 1987, luego su indemnización está vencida y cubre 16.23 meses; César Augusto, nació el 30 de octubre de 1976 y cumplirá su mayoría de edad el mismo día y mes de 1994 y ; Walter Hernando nació el 27 de agosto de 1980 y llegará a la mayoría de edad ese mismo día y mes del año de 1998.

En consecuencia, el segundo período será : Para la cónyuge de 131.46 meses; Cesar Augusto de 44.53 y Walter Hernando de 90.53 meses.

Para estimar el valor de la indemnización debida o consolidada, se aplicará $S = Ra\dfrac{(1+0.004867)^n - 1}{0.004867}$ y

para la indemnización futura o anticipada , la fórmula será:

$$S = \frac{(1+0.004867)^{n-1}}{0.004867(1+0.004867)^n}$$, en donde

S = Será la suma o indemnización buscada.

Ra = La renta actualizada.

n = El número de meses que se liquidan

i = El interés técnico o puro del 6% anual ó de 0.4867 mensuales; como se trabaja con 1, ese interés queda como 0.004867 mensual.

Indemnización de Nidia del Carmen Sánchez.

a. Vencida o consolidada :

$$S = 40.411.76\frac{(1+0.004867)^{56.26} - 1}{0.004867}$$

S = 2.608054.oo

b. Futura o anticipada:

$$S = 40411.76\frac{(1+0.004867)^{313.46}-1}{0.004867(1+0.004867)^{313.46}}$$

S = 6.490.683.oo.

Indemnización de Myrna Angélica Puello.

a. Vencida o consolidada:

$$S = 13.470.58\frac{(1+0.004867)^{16.23}-1}{0.004867}$$

S = 226.920.oo

b. Futura o anticipada : NO TIENE DERECHO.

Indemnización de César Augusto Puello :

a. Vencida o consolidada:

$$S = 13.470.58\frac{(1+0.004867)^{44.53}-1}{0.004867}$$

S= 869.351.oo

b. Futura o anticipada:

$$S = 13.470.58\frac{(1+0.004867)^{44.53}-1}{0.004867(1+0.004867)^{44.53}}$$

S = 538.124.oo

Indemnización de Walter Hernando Puello.

a.- Vencida o consolidada:

$$S = 13.470.58\frac{(1+0.004867)^{56.26}-1}{0.004867}$$

S = 869.351.oo.

b.- Futura o anticipada :

$$s = 13.470.58 \frac{(1+0.004867)^{90.53} - 1}{0.004867(1+0.004867)^{9053}}$$

S = 984. 396.oo.

Sumadas las indemnizaciones debidas y futuras, la liquidación sería:

Para Nidia del Carmen Sánchez	$9'098.737.oo
Para Myrna Angélica Puello	$226.920.oo
Para César Augusto Puello	$1'407.475.oo
Para Walter Hernando Puello	$1'853.747.oo

Sin embargo, en razón de que el Consejo de Estado conoce de este proceso en grado de consulta en favor de la administración el monto de los perjuicios materiales será el que le fue señalado por el Tribunal en relación con Nidia del Carmen Sánchez ($7.545.038.oo); el resto de los demandantes, tiene derecho a la suma anotada anteriormente.

No obstante, por razones del tiempo transcurrido desde cuando se profirió el fallo consultado (18 meses) y teniendo en cuenta la pérdida acelerada del poder adquisitivo de nuestra moneda, esos valores deben ser actualizados con el fin de que no se pierda el efecto señalado en la sentencia de primer grado de reparar los perjuicios causados a la parte actora por la falla o falta probada del servicio en que incurrió la administración ; en esta oportunidad, el índice será el del mes siguiente al fallo del a quo, ó sea el de marzo de 1991, por 181.85 e índice final el de la fecha de esta providencia, de 254.33.

$$V.\ P. = Ra\ \frac{254.33.\quad 1.3985702}{181.85}$$

7.545.038.oo X 1.3985702. = 10.552.265.oo

226.920.oo X 1.3985702. = 317.364.oo

1.407.475.oo X 1.3985702. = 1.968.452.oo

1.853.747.oo X 1.3985702. = 2.592.595.oo

En resumen , la liquidación por perjuicios materiales quedará así:

Para NIDIA DEL CARMEN SANCHEZ DE PUELLO	$ 10.552.364.oo
Para MYRNA ANGELICA PUELLO SANCHEZ	$ 317.364.oo
Para CESAR AUGUSTO PUELLO SANCHEZ	$ 1.968.452.oo
Para WALTER HERNANDO PUELLO SANCHEZ	$ 2.592.595.oo

Las cantidades liquidadas por perjuicios morales y materiales, devengarán intereses comerciales durante los seis (6) meses siguientes a la ejecutoria de esta providencia y moratorios después de ese término.

En mérito de lo expuesto, oído el concepto Fiscal y de acuerdo con él, el CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO.- CONFIRMASE los ordinales 1o., 2o y 4o a 6o de la sentencia consultada, dictada por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca el 14 de Febrero de 1991.

SEGUNDO.- MODIFICASE el ordinal 3o. del mismo fallo, el cual quedará así:

3.- Igualmente como consecuencia de la declaración hecha en el ordinal 1o. la NACION- MINISTERIO DE SALUD - SERVICIO NACIONAL DE ERRADICACION DE LA MALARIA, SEM, pagarán por concepto de perjuicios materiales: a NIDIA DEL CARMEN SANCHEZ DE PUELLO , ó a quien sus derechos represente la suma de DIEZ MILLONES QUINIENTOS CINCUENTA Y DOS MIL DOSCIENTOS SESENTA Y

CINCO ($10'552.265.oo) PESOS MONEDA CORRIENTE ; a MYRNA ANGELICA PUELLO SANCHEZ , ó a quien sus derechos represente, la suma de TRESCIENTOS DIEZ Y SIETE MIL TRESCIENTOS SESENTA Y CUATRO PESOS ($317.364.OO) PESOS MONEDA CORRIENTE; a WALTER HERNANDO PUELLO SANCHEZ, ó a quien sus derechos represente , la suma de DOS MILLONES QUINIENTOS NOVENTA Y DOS MIL QUINIENTOS NOVENTA Y CINCO ($2.592.595.OO) PESOS MONEDA CORRIENTE Y ; a CESAR AUGUSTO PUELLO, o a quién sus derechos represente, la suma de UN MILLON NOVECIENTOS SESENTA Y OCHO MIL CUATROCIENTOS CINCUENTA Y DOS ($ 1.968.452.OO) PESOS MONEDA CORRIENTE.

TERCERO.- El precio del gramo de oro para el pago de la condena por perjuicios morales, será el interno para la fecha de ejecutoria de este fallo, que certificará el Banco de la República, documento que se deberá acompañar a la respectiva cuenta de cobro. comerciales durante los seis (6) meses siguientes a la ejecutoria de esta providencia y moratorios después de ese término.

CUARTO. Dese cumplimiento a los artículos 176 y 177 del C.C.A ., para lo cual se expedirá copia de la sentencia con constancia de su ejecutoria con destino al Ministerio de Salud, al Servicio Nacional de Erradicación de la Malaria, Sem. y a la parte actora (Art. 115 del C. P.C.).

COPIESE , NOTIFIQUESE, CUMPLASE Y DEVUELVASE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

Se deja en constancia que la providencia anterior fue aprobada por la Sala en sesión de fecha

Daniel Suárez Hernández, Presidente de la Sala ; *Juan de Dios Montes Hernández, Carlos Betancur Jaramillo , Julio César Uribe Acosta.*

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

FALLA DEL SERVICIO / ALCALDE / FALLA DEL SERVICIO PRESUNTA- Improcedencia

El comportamiento asumido por el Alcalde la noche de los hechos, así estuviera muy bien intencionado, fue imprudente, ilegal e innecesario, por cuanto no se acreditó que la víctima estuviera ejecutando una conducta que implicara utilizar en su contra el revólver que portaba el aludido funcionario. Por el contrario, el occiso venía de su lugar de trabajo y se dirigía hacia su casa en busca de alimento y descanso tras finalizar su jornada laboral. La omisión de la orden de detenerse, fue porque no se dio cuenta y luego porque sintió temor al oír los disparos. Ese comportamiento omisivo, voluntario si se quiere, por parte de la víctima, no ameritaba una reacción de características tan graves y violentas como la asumida por el funcionario. No se comparte el enfoque que da al Tribunal al caso estudiado para manejarlo por el régimen de la falla presunta, por cuanto, si bien el Alcalde reconoció en su injurada que el arma era de dotación oficial, y que pertenecía a la Alcaldía, en el proceso no se acreditó oficial ni documentalmente que el revólver con que se hicieron los disparos perteneciera al referido municipio.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera

Santafé de Bogotá, D.C., Agosto veintisiete (27) de mil novecientos noventa y dos (1992)

Consejero Ponente : *Doctor Daniel Suárez Hernández*

Referencia: Expediente N°. 7003 Actor : Gilma Trujillo García

Conoce la Sala del grado jurisdiccional de consulta de la sentencia de 19 de julio de 1991 proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sección Segunda, mediante la cual se dispuso:

"PRIMERO : Declárase responsable al Municipio de Remedios (Ant.) de la muerte del señor Omar Rodríguez Trujillo, ocurrida el 20 de marzo de 1987.

"SEGUNDO: Como consecuencia de la anterior declaración, el Municipio de Remedios (Ant.) pagará a la Señora Gilma Trujillo García el equivalente a 1.000 gramos de oro a la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por concepto de perjuicios morales. Por ese mismo concepto, pagará a Claudia Elena Rodríguez Trujillo el equivalente a 500 gramos de oro, a la fecha de ejecutoria del fallo.

"TERCERO : Igualmente para indemnizar los perjuicios materiales (lucro cesante) pagará a la Señora Gilma Trujillo G. la suma de $ 4'960.464.oo y a Claudia Helena Rodríguez T. la suma de $973.104.oo.

"CUARTO : Se dará cumplimiento a esta sentencia, en los términos del art. 176 y ss. del Código Contencioso Administrativo (C.C.A)

QUINTO: Si no fuere apelada por la entidad demandada, consúltese (art. 184 C.C.A)".

I. ANTECEDENTES

1o . *La demanda*

Gilma Trujillo García de Rodríguez , actuando en su propio nombre y en representación de su menor hija Claudia Elena Rodríguez Trujillo; José Tiberio, Ana Edilma y Carlos Alfonso Rodríguez Trujillo , por conducto de apoderado y en ejercicio de la acción de reparación directa, formularon demanda contra el municipio de Remedios (Antioquia) para que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

"*PRIMERO*: Que el municipio de REMEDIOS (ANTIOQUIA) es responsable de la muerte ocasionada al Sr. OMAR DE JESUS RODRIGUEZ TRUJILLO, la cual tuvo ocurrencia el día 20 de marzo de 1.987, a raíz de los disparos de revólver recibidos de manos del sr . JAIME IGNACIO MUÑOZ BURGOS, quien se encontraba en estado de embriaguez , y actuaba en su calidad de ALCALDE de dicho municipio, en hechos ocurridos el día 3 de marzo de 1987 , en momentos que ejercía funciones de policía.

"*SEGUNDO* : Que como consecuencia de la anterior declaración el municipio de REMEDIOS (ANTIOQUIA) , es responsable de la totalidad

de los perjuicios materiales y morales que han venido soportando y habrán de soportar en el futuro los señores: Gilma Trujillo García de Rodríguez, en su calidad de madre y de los perjuicios morales padecidos por sus hermanos CLAUDIA ELENA, ANA EDILMA, JOSE TIBERIO, Y CARLOS ALFONSO Rodríguez Trujillo, a raíz de la muerte ocasionada al joven OMAR DE JESUS RODRIGUEZ TRUJILLO , como consecuencia de las heridas producidas por el sr. JAIME IGNACIO MUÑOZ BURGOS, como alcalde que era para el día 3 de marzo de 1987 y en desarrollo de actividades policivas.-

"TERCERO: Que por tal motivo se condene al municipio de REMEDIOS - ANTIOQUIA- a pagar a los demandantes los siguientes rubros:

"- Los perjuicios materiales, daño emergente y lucro cesante que se demuestran en el curso del proceso; o

"2 - Los perjuicios materiales, daño emergente y lucro cesante, que se liquiden según el procedimiento señalado en los artículos 172 y 178 del Decreto 01 de 1984.-

" El valor de los perjuicios morales subjetivos, que se liquidarán por el valor que en la fecha probable de la ejecución de la sentencia tengan , en moneda legal colombiana, un mil gramos (1.000 grms) de oro puro, en relación con el precio que certifique el Banco de la República, , para lo cual se hará en su oportunidad el respectivo requerimiento a esa entidad. Ese rubro se concederá a cada uno de los reclamantes. Todo ello en consonancia con la reiterada jurisprudencia del H. Consejo de Estado, en esta materia.- "

Solicitaron además la actualización de los ingresos con base en el índice de devaluación certificado por el DANE e indemnizar por perjuicios debidos actualmente y futuros.

2o. *Los hechos*

Se relata en la demanda que el 3 de marzo de 1987, a eso de las 9:30 de la noche, venía de su trabajo el joven Omar de Jesús Rodríguez Trujillo en una motocicleta de su propiedad , cuando fue interceptado por el Alcalde de Remedios (Antioquia), quien le gritó "Alto " y como no se detuviera le disparó ocasionándole la muerte. Según el Alcalde "Todo ello para que los demás pobladores se enteraran de que los decretos que él dictaba en su calidad de Alcalde , se hacían cumplir como fuera".

3o. *La sentencia consultada*

En primer término se precisa por el Tribunal la condición de funcionario municipal y no departamental del Alcalde de Remedios, para aclarar la posible

falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por la parte demandada y por la Fiscalía.

Con relación a la responsabilidad administrativa del municipio demandado, el *a-quo* encontró demostrada la calidad de Alcalde de Remedios del autor de la muerte de Omar de Jesús Rodríguez Trujillo (Fls. 40, 41 y 42 c. 2). Igualmente , con fundamento en las pruebas recaudadas en este proceso, así como en las del proceso penal, el Tribunal encontró demostrada la falla del servicio , lo que le permitió afirmar: "Mal podría negarse que el Alcalde del Municipio de Remedios incurrió en falla del servicio, cuando en forma precipitada y por la espalda , disparó contra un ciudadano que no le agredía en ese momento. Si de lo que se trataba era de hacer cumplir sus decisiones, debió buscar el apoyo de la policía y utilizar otros medios que no pusieran en peligro la vida de las personas".

Consideró el *a-quo*, con base en la indagatoria del Alcalde mencionado, que el presente asunto también podía manejarse por el régimen de la falla presunta por cuanto el citado funcionario admitió que el arma era de dotación oficial, pues la había adquirido la Alcaldía de Remedios. Además la administración no probó causal alguna que la exonerara de responsabilidad.

Concluye el Tribunal que el hecho se ocasionó " en misión del servicio, y por consiguiente no puede desligarse de él. Sea que la muerte de la víctima se haya ocasionado con arma oficial o no , lo cierto es que hubo una reacción desproporcionada e injustificada, configura una falla del servicio y por lo tanto, compromete la responsabilidad patrimonial del Municipio de Remedios - Antioquia."

Respecto de los perjuicios morales reconoció el Tribunal el equivalente en pesos a 1.000 gramos de oro para la madre del occiso y 500 gramos del mismo metal para la hermana menor . A los hermanos mayores se les negó este reconocimiento "porque no se probó además del parentesco los especiales lazos de ayuda o colaboración...".

Sobre los perjuicios materiales se liquidaron sobre el 50% de los ingresos, monto expresamente señalado en la demanda. Se configuró un salario integral con el 25% de prestaciones sociales y se actualizó. Se liquidaron periodos anticipados y futuro de indemnización, con base en la probable supervivencia de la progenitora, sujetándose a las fórmulas de matemáticas financieras utilizadas por la Sala.

El señor Fiscal Décimo en su vista de fondo se muestra partidario y así lo solicita , de que se confirme el fallo consultado. (Fls. 120 a 129).

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Para la Sala la decisión objeto de consulta debe confirmarse en cuanto a la declaratoria de responsabilidad y la condena por perjuicios morales. Por los perjuicios materiales se deben efectuar algunas modificaciones.

No encuentra la Sala reparo alguno respecto al estudio y valoración de las pruebas que condujeron al Tribunal a declarar la responsabilidad del ente demandado. En efecto, se demostró en el proceso la calidad de Alcalde del municipio de Remedios (Antioquia) de Jaime Ignacio Muñoz Burgos , a quien el material probatorio recaudado permite atribuirle la autoría material del homicidio en la persona de Omar de Jesús Rodríguez Trujillo.

Sin duda alguna el comportamiento asumido por el Alcalde la noche de los hechos, así estuviera muy bien intencionado , fue imprudente , ilegal e innecesario, por cuanto no se acreditó que la víctima estuviera ejecutando una conducta que implicara utilizar en su contra el revólver que portaba el aludido funcionario. Por el contrario, el occiso venía de su lugar de trabajo y se dirigía hacia su casa en busca de alimento y descanso tras finalizar su jornada laboral. La omisión de la orden de detenerse, como lo sostuvo el propio lesionado, fue porque no se dio cuenta y luego porque sintió temor al oír los disparos.

Ahora bien, ese comportamiento omisivo , voluntario si se quiere , por parte de la víctima, no ameritaba una reacción de características tan graves y violentas como la asumida por el funcionario. Si la Sala en ocasiones anteriores ha cuestionado severamente la actuación de los retenes instalados por la fuerza pública y ha censurado la precipitada conducta de disparar contra quienes han desconocido las señales de detenerse, con mayor razón cuestiona en esta oportunidad la actuación del Alcalde al pretender por sí mismo y con revólver en mano imponer el cumplimiento de una determinación de su Despacho. Otros medios había para sancionar al renuente, si a ello había lugar , y el procedimiento policivo así lo consagraba.

Fue , pues, ostensible la falla del servicio al actuar como lo hizo el Alcalde de Remedios, falla ésta cuya comprobación la encuentra la Sala en los distintos medios de prueba testimoniales y documentales aportados al proceso. Sin embargo, no se comparte el enfoque que da el Tribunal al caso estudiado para manejarlo por el régimen de la falla presunta, por cuanto, si bien el Alcalde reconoció en su injurada que el arma era de dotación oficial, y que pertenecía a la Alcaldía de Remedios , en el proceso no se acreditó oficial ni documentalmente que el revólver con que se hicieron los disparos perteneciera al referido municipio.

En cuanto se refiere a la condena por perjuicios morales, la Sala encuentra acertada la decisión del Tribunal, al indemnizar a la progenitora y

a la hermana menor del occiso y negar tal reconocimiento a los hermanos mayores. Esta decisión será confirmada, aclarando que si bien , frente a reciente fallo de la Sección , Expediente 6750, actor: Luis María Calderón Sánchez y otros; de fecha 17 de julio de 1992, con ponencia del Consejero Daniel Suárez Hernández, en todos los hermanos se presumen los perjuicios por el hecho del interés legítimo que adujeron para demandar, en el caso bajo estudio no hay lugar a tal reconocimiento por cuanto el proceso se encuentra en consulta y por entenderse que ésta se surte en favor de la administración no se puede hacer más gravosa la condena.

Sobre los perjuicios materiales, la Sala modificará la liquidación contenida en la sentencia consultada en lo que se relaciona con el valor del ingreso y con período indemnizatorio. Lo primero porque se está liquidando sobre un salario integral no pedido por la parte actora, y lo segundo , porque dada la edad de la víctima, como lo ha considerado la Sala, se presume que regularmente a los 25 años de edad, la persona normal organiza su vida en forma independiente, asume las obligaciones propias de un nuevo estado y de otra forma de vivir que implican dedicar sus ingresos hacia su nueva organización personal o familiar . en tales condiciones el monto indemnizatorio solo alcanza hasta cuando la víctima hubiera cumplido los 25 años de edad, es decir, hasta el 19 de octubre de 1988, cuando dado que había nacido el 19 de octubre de 1963 (F. 3).

Hechas estas observaciones, los perjuicios materiales se liquidan así:

El salario Certificado por la empresa Frontino Gold Mines Limited era de $25.298.10, de los cuales el 50% destinaba para su progenitora y hermana menor, o sea, la suma de $12.649.05, o $6.324.52 para cada una , que actualizadas a la fecha con base en el índice de precios al consumidor vigente en marzo de 1987 (67.76) y el que rige en Agosto de 1992 (254.33) da un ingreso actualizado de $23.738.43. Para obtener esta cifra se utilizó la fórmula

$$Vp = \frac{Vh \ \text{Indice final}}{\text{Indice inicial}};$$

$$Vp: 6.324.52 \ \frac{254.33}{67.76} = 23.738.43$$

Valor de la renta actualizada : $23.738.43

Indemnización debida para la progenitora

Comprende desde la fecha del daño (20 de marzo de 1987) hasta el 19 de octubre de 1988, cuando el occiso hubiera cumplido 25 años de edad y corresponde a un plazo de 19 meses.

Se utiliza la fórmula $S = Ra \frac{(1+i)n-1}{i}$;

donde : S, es la suma buscada ; Ra, corresponde a la renta actualizada ($23.738.43); i: es el interés técnico legal (0.004867) y , n, es el número de meses a indemnizar (19 meses).

$$S = 23.738.43 \frac{(1 + 0.004867)^{19-1}}{0.004867} = 471.342.28$$

Valor de la indemnización debida : $471.342.28

Indemnización debida para la hermana menor

Como los 25 años de edad de la víctima , se cumplían con anterioridad a la mayoría de edad de la menor (18 de junio de 1990), el reconocimiento indemnizatorio para ésta será idéntico al de su progenitora, o sea, la suma de $471.342.28.

En mérito de lo expuesto , el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo , Sección Tercera, de acuerdo con el concepto fiscal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

1. Confírmanse los ordinales PRIMERO, SEGUNDO , CUARTO Y QUINTO de la sentencia consultada, esto es, la de 19 de julio de 1991 proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sección Segunda.

2. Modifícase el ordinal TERCERO del fallo consultado, el cual queda así:

TERCERO. Condénase en concreto al municipio de Remedios (Antioquia) a pagar como indemnización por perjuicios materiales a Gilma Trujillo García de Rodríguez (madre) la suma de cuatrocientos setenta y un mil trescientos cuarenta y dos pesos con 28/100 ($ 471.342.28) moneda legal ; y a Claudia Elena Rodríguez Trujillo, la cantidad de cuatrocientos setenta y un mil trescientos cuarenta y dos pesos con 28/100 ($471.342.28) moneda legal.

3. Para dar cumplimiento a los artículos 176 y 177 del C.C.A., se expedirán copias de las sentencias, con constancias de su ejecutoria, con destino a las partes, haciendo constar lo previsto por el artículo 115 del C. de P. C.

COPIESE, NOTIFIQUESE, CUMPLASE Y DEVUELVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

Esta providencia fue estudiada y aprobada en la Sala en sesión de fecha, veintisiete (27) de agosto de mil novecientos noventa y dos (1992) .

Daniel Suárez Hernández, Presidente de la Sala ; *Carlos Betancur Jaramillo , Juan de Dios Montes Hernández, Julio César Uribe Acosta.*

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

FALLA DEL SERVICIO DE POLICIA - Arma No Oficial

La falla del servicio se dio, por la especial circunstancia de que el agente de la Policía, se dio a la tarea de portar arma, que no era de dotación oficial, la cual puso en manos de la víctima, desencadenándose la tragedia. Los miembros de la fuerza pública sólo pueden portar las armas que en sus manos entregue la República para la defensa del orden interno y externo. En ningún caso facultados para hacer lo que sobre la materia le está vedado a los particulares.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera

Santafé de Bogotá, D.C., Agosto veintisiete (27) de mil novecientos noventa y dos (1992)

Consejero Ponente : *Doctor Julio César Uribe Acosta*

Referencia: Expediente N°. 7027 Actor: Carlos Roberto Guerrero Y Otros

Demandado: LA NACION-MINISTERIO DE DEFENSA-POLICIA NACIONAL.-

- I -

Agotada la tramitación procesal de ley, sin que se observe causal de nulidad que vicie la actuación, procede la Sala a desatar el recurso de apelación interpuesto por el procurador judicial de la parte actora, contra la sentencia

calendada el día cinco (5) de septiembre de mil novecientos noventa y uno (1.991), proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño, en virtud de la cual se denegaron las pretensiones de la demanda por las razones que precisan en el referido proveído.

Para la mejor comprensión jurídica de todas las circunstancias legales, generales y particulares del caso, se transcribe a continuación lo pertinente del fallo, en el cual se razona judicialmente dentro del siguiente temperamento:

" El Señor CARLOS ROBERTO GUERRERO Y OTROS, por intermedio de legal apoderado, solicitan que el Tribunal mediante sentencia, haga las siguientes o semejantes declaraciones y condenas:

"PRIMERA.- "LA NACION (MINISTERIO DE DEFENSA -Policía Nacional), es responsable civilmente de todos Los daños y perjuicios, tanto morales, como materiales, ocasionados a los esposos CARLOS ROBERTO GUERRERO y ANA MARLENE SANCHEZ DE GUERRERO y a sus hijos ADRIANA GUERRERO SANCHEZ y ALVARO JAVIER GUERRERO SANCHEZ, mayores y vecinos de Mocoa (Putumayo), con la muerte violenta de que fue víctima el Sr. JUAN CARLOS GUERRERO SANCHEZ, hijo legítimo de los dos primeros y hermano de los restantes, en hechos sucedidos el día 5 de abril de 1.988, en el casco urbano de la ciudad de Mocoa (Putumayo), Los cuales fueron protagonizados por un agente de la Policía Nacional, en una evidente falla en el servicio".

" SEGUNDA.- "CONDENASE a LA NACION (MINISTERIO DE DEFENSA Policía Nacional), a pagar a los esposos CARLOS ROBERTO GUERRERO Y ANA MARLENE SANCHEZ DE GUERRERO, y a sus hijos ADRIANA GUERRERO SANCHEZ Y ALVARO JAVIER GUERRERO SANCHEZ, mayores y vecinos de Mocoa (Putumayo) por intermedio de su apoderado, todos los daños y perjuicios, tanto morales como materiales, que se les ocasionaron con la muerte de JUAN CARLOS GUERRERO SANCHEZ conforme a la siguiente liquidación o a la que se demostró en el proceso, así:

" a).- VEINTE MILLONES DE PESOS ($20.000.000) por concepto de lucro cesante, correspondiente a las sumas que JUAN CARLOS GUERRERO SANCHEZ, el occiso, dejó de producir en razón de su muerte violenta, injusta y prematura y por todo el resto posible de vida que le quedaba, en la actividad económica a que se dedicaba (mecánica en general), habida cuenta de su edad al momento del insuceso (21 años), y a la Esperanza de Vida calculada conforme a las Tablas de Mortalidad aprobadas por la Superintendencia Bancaria.

" b).- Daños y perjuicios patrimoniales directos o daño emergente, consistentes en los gastos de funerales, diligencias judiciales, honorarios

de abogado y, en fin, todos los gastos que se sobrevinieron con la muerte de JUAN CARLOS GUERRERO, conforme a lo que se demostrase en el proceso, o, subsidiariamente, en la aplicación del art. 107 del C. Penal.

" c).- El equivalente en moneda nacional de 1.000 gramos de oro fino para cada uno de los demandantes, por concepto de perjuicios morales o "*pretium doloris*", consistentes en el profundo trauma psíquico que produce el hecho de saberse víctima de un acto arbitrario nacido de la falta de responsabilidad en la administración, en la aplicación del Art. 106 del C. Penal, *máxime cuando el hecho es cometido por un miembro de la Policía Nacional*, entidad que tiene el deber constitucional de velar por la vida de los asociados y con él arrebató la vida de un ser querido, como lo es un hijo y un hermano.

" d).- Intereses aumentados con la variación promedio mensual del índice de precios al consumidor."

" TERCERA.- LA NACION dará cumplimiento a la sentencia dentro de los 30 días siguientes a su ejecutoria."

" *HECHOS*:

"PRIMERO.- El Sr. CARLOS ROBERTO GUERRERO y la Sra ANA MARLENE SANCHEZ, contrajeron matrimonio por los ritos propios de la Iglesia Católica en ceremonia realizada el día 28 de febrero de 1.959 en la Iglesia Parroquial del Sagrado Corazón de Armenia."

" SEGUNDO.- "Del anterior matrimonio nacieron como fruto legítimo tres (3) hijos, a saber: ALVARO JAVIER, el 12 de diciembre de 1.959; ADRIANA, el 20 de agosto de 1.964; y JUAN CARLOS GUERRERO SANCHEZ, el 18 de febrero de 1.967."

"TERCERO.- "Entre padres e hijos del mencionado matrimonio se desarrolló una extraordinaria unidad familiar y espiritual, pues compartían sus alegrías y se socorrían en sus necesidades, conviviendo todos ellos bajo el techo paterno sitio en casco urbano de la ciudad de Mocoa (Putumayo)."

"CUARTO.- " Entre los hijos se distinguía el joven JUAN CARLOS GUERRERO, quien desde temprana edad se dedicó a la mecánica en general, hasta llegar a montar su propio taller en la ciudad de Mocoa, aproximadamente a una cuadra del Cuartel de la Policía Nacional, actividades en las cuales lograba una ganancia, para el año, de 1.988, de $100.000, dinero que destinaba para su propia subsistencia y para la de sus padres, ya que él era soltero."

"QUINTO.- "El Sr. JUAN CARLOS GUERRERO SANCHEZ tenía instalado su taller de mecánica en local perteneciente a la casa de la Sra. ANA TULIA CHEZ DE VIVEROS, sito (sic) aproximadamente a una cuadra del Cuartel de la Policía Nacional en la ciudad de Mocoa (Putumayo), y allí se encontraba en las horas del medio-día del 5 de abril de 1.988 laborando en asocio del Sr. JAIRO QUIROZ BRAVO, cuando de improviso hizo su aparición el Agente de la Policía Nacional *JUAN CARLOS MONCAYO*, quien se encontraba de servicio en tal ciudad, vistiendo su uniforme reglamentario y portando sus armas de dotación oficial, y llamó al joven JUAN CARLOS GUERRERO hacia el anden adjunto al taller y dijo que iba a mostrarle la última arma de dotación oficial que les habían dado a los agentes, al momento que desenfundaba la pistola y se escuchó un disparo salido de dicha arma, yendo el proyectil a herir en el abdomen al Sr. JUAN CARLOS GUERRERO, quien de inmediato cayó al suelo mortalmente herido, siendo trasladado al Hospital de la localidad, donde murió a los minutos."

" SEXTO.- "El nombre que dieron los demás agentes que estaban de guardia en el Cuartel de la Policía del agente agresor, a los familiares del difunto que fueron a preguntar por él, fue el de *JUAN CARLOS MONCAYO*, pero muy bien pudiendo corresponder a nombre distinto, ya que tales uniformados parecieron actuar con malicia al respecto, siendo posible que su nombre sea *ALFARO N.*"

" SEPTIMO.- "Indiscutiblemente el proceder del Agente *JUAN CARLOS MONCAYO* o del nombre que corresponda al agente agresor, es constitutivo de falla en el servicio que, en el caso presente, corresponde a una falla presunta en vista de la categoría mortal del arma que se usó en razón de la calidad del agente, ya que no es misión de la Policía el mostrar a particulares las armas que en su condición de agentes del orden han llegado a sus manos, pues desde su iniciación en la Institución reciben enseñanza adecuada para que eviten todo uso riesgoso para los asociados, entre los cuales se cuentan sus propios compañeros de armas, de tales armas de fuego por el peligro común que ellas encierran así, si tal agente abandonó su servicio para trasladares al taller de JUAN CARLOS GUERRERO con el único fin de hacer ostentación de las armas que portaba y en forma imprudente accionó el arma, pues incurrió en falla en el servicio por acción y, al mismo tiempo, sus superiores incurrieron en falla en el servicio por omisión, pues si hubiesen ejercido una vigilancia adecuada sobre las actividades del subalterno, éste no habría tenido oportunidad para dar ocasión al insuceso. Esta falla en el servicio compromete la responsabilidad de LA NACION, a cuyo nombre actuaba el agente."

" OCTAVO.- "El hecho narrado ha causado graves perjuicios morales y materiales a todos y cada uno de mis patrocinados, por lo cual me han

conferido poder suficiente para demandar de LA NACION las indemnizaciones pertinentes."...

" CONSIDERACIONES:

" Han de considerarse para que los hechos, actos u omisiones de la administración generen acción de perjuicios, los siguientes elementos:

"1o.- Que esté probado el hecho, acto u omisión sea constitutivo de "falla del servicio".

"2o.- Que se pruebe que este hecho, acto u omisión ha sido causa para que produzca el daño que lesione el derecho de la persona o de las personas que reclaman la indemnización.

"3o.- Que exista relación de causalidad entre la falla del servicio y el daño o perjuicio causado.

" Para la demostración de estos elementos ante la jurisdicción correspondiente, el legislador ha implementado los trámites idóneos para su debate mediante la constitución de la relación jurídico-procesal-.

" Poseen quienes figuran en el presente asunto como demandantes la capacidad jurídica y procesal para actuar, la acción ha sido instaurada sin que se presentaren las circunstancias previstas en la ley para que opere el fenómeno de la caducidad de la acción. Este Tribunal tiene la competencia para conocer de la demanda y del proceso en su totalidad, por cuanto los hechos planteados han ocurrido dentro del territorio de su jurisdicción, concretamente en la población de Mocoa de la Intendencia (a la fecha de su ocurrencia) Nacional del Putumayo, hoy Departamento del Putumayo desde la vigencia de la reforma constitucional. Se anota que hasta tanto no se haga la designación de Magistrados que integren el Tribunal Administrativo del Putumayo corresponde al Tribunal Administrativo de Nariño continuar conociendo de los procesos en curso y de las demandas que se presenten. De la misma manera, la entidad demandada, que lo es la Nación Colombiana, Ministerio de Defensa Policía Nacional, tiene capacidad jurídica y procesal para actuar en el proceso, de allí que a sus representantes les hayan sido notificadas las providencias que en forma personal debían serlo.

" El señor Agente del Ministerio Público actuó a lo largo del proceso en procura de la observancia del debido proceso y de las garantías a las partes. Trabada así la relación jurídico -procesal- las partes han intervenido obrando de acuerdo a los intereses que debían defender según se tratare de pretensiones u oposiciones, en todo caso con todas

las garantías procesales. No se advierte causal de nulidad que pudiere invalidar lo actuado.

"La responsabilidad de la administración surge de la concurrencia de los tres elementos antes enunciados, así simplemente se establezca objetivamente la relación, y así surge (sic) la responsabilidad anónima de la misma.

" En nada se afecta, el que en casos determinados el Agente del Estado, o sea de la administración, por su hecho, acto u omisión haya sido eximido de responsabilidad personal o haya recibido una sanción mínima, tal como suele ocurrir con mucha frecuencia con los miembros de los cuerpos armados de la Nación, a quienes ante los Tribunales MILITARES o ante los Concejos (sic) Disciplinarios, por aspectos netamente penales o disciplinarios según sea el caso, suelen ser absueltos, sin que el Estado quede por ello exento de responsabilidad administrativa o indemnizatoria ante quienes resultaren afectos (sic) por lo hechos, actos u omisiones realizados por sus agentes, como cuando se presentan lesiones causadas a personas ya sean particulares o con vinculación con la administración, que los llevan a reclamar una justa indemnización, y aún más en algunos casos se generan perjuicios a los allegados más íntimos de las personas lesionadas, teniendo éstos también derecho a indemnizaciones.

" Cuando se presentan casos fortuitos no existe responsabilidad, de allí que la prueba sobre los tres elementos antes mencionados debe aparecer clara y precisa, puesto que muchas veces se presentan casos con alguna apariencia de fallas del servicio que en realidad obedecen a factores que en nada vinculan a la administración.

" Efectuado el estudio de las pruebas legalmente vinculadas a este proceso, por haberse aportado con la demanda, en el período ordinario de pruebas, y por haberse decretado en forma oficiosa en la oportunidad prevista por el Art. 61 del Decreto 2304 de 1989, se tiene establecido que: el día 5 de abril de 1988 en horas del medio día, el Señor JUAN CARLOS GUERRERO SANCHEZ, se encontraba trabajando en su taller de arreglo de motocicletas y almacén de repuestos para las mismas.

" A la misma hora el agente de la Policía Nacional de la sección " f-2 " y adscrito a prestar el servicio de guardaespalda de la Directora de la cárcel de Mocoa, Agente JOSE ALFARO, identificado con Cédula de Ciudadanía Nro 19.446.009 de Bogotá, cumplía su misión de escoltar a dicha funcionaria hasta el restaurante en donde habitualmente ella toma sus alimentos, una vez la dejó en dicho lugar se dirigía, presumiblemente con la misma finalidad (almorzar) al cuartel. En el trayecto pasó frente al taller de motos de su amigo JUAN CARLOS GUERRERO SANCHEZ, con quien se saludo y le averiguó sobre la consecución de

una llanta de segunda mano para una moto de la Policía, quien le manifestó que no se le había podido conseguir. Que mientras conversaban el Señor Juan Carlos Guerrero Sánchez, le miró un lapicero que tenía en el bolsillo de la camisa y dijo "Yo, ya los conozco, inclusive esta mañana uno de sus compañeros estaban mirándolo frente al Banco". Que Alfaro le dijo inicialmente que era un lapicero pistola, y que entonces fue cuando Juan Carlos dijo que yo los conocía y que era calibre 6.35". Indica Alfaro que a un compañero se le había "dado a guardar" por cuanto que cuando lo estaba mirando lo llamaron al otro agente a un servicio. La versión de Alfaro en su indagatoria (folio 69) practicada en Mocoa por el Juez 24 de Instrucción Criminal, continúa en la siguiente forma: "Resulta que Juan Carlos Guerrero se puso a mirar lapicero y me dijo, que inclusive tenía unas balas para esta pistola, como que le metió un proyectil de esos, ya que yo iba a mirar una llanta que había ahí cuando escuché el disparo, yo me asusté y procedí a cogerlo, ya él estaba herido, entonces procedí a decirle a dos muchachos que estaban ahí en el taller, que rápido consiguieran un vehículo para llevar a este señor al hospital, cuando él iba para el suelo yo lo cogí cuando entraba al centro asistencial murió. Así fue como sucedió todo". Al preguntarle el Juez de Instrucción si un señor Martínez Ponce se encontraba en el establecimiento dio la siguiente respuesta: "El estaba ahí adentrico, estaba con otro muchacho arreglando una moto, por hay a una distancia de unos cuatro metros más o menos, como ellos estaban haciendo mecánica allí, habían unas llantas en el suelo, yo fui a coger una llanta, cuando sonó el disparo, inclusive en el momento que sonó el disparo cuando el herido iba para el suelo yo lo cogí, entonces el médico y su compañero se levantaron de allá, en ese momento el lapicero cayó al suelo, uno de ellos, no el señor Oscar sino otro que estaba allí fue a recoger el lapicero, yo lo pisé y le dije: No lo coja, entonces lo recogí y lo heché (sic) al bolsillo, yo en ese momento viendo que este señor estaba muriendo, pues estaba muy pálido, gritaba que por favor trajeran un cargo (sic)."

" Sobre el hecho de que el arma era de otro agente y no del agente José Alfaro obra el testimonio de la Señora MERCEDES VIVEROS DE CABAL, empleada del Banco Cafetero (folio 66), quien en su declaración dijo: "Fueron cinco agentes uniformados al Banco donde trabajo y uno de ellos les ofrecía el arma a los otros agentes, pero no a los empleados del Banco". "Era en forma de lapicero, él la tenía desarmada, la pistola era niquelada". Más adelante en relación a los comentarios que hubiera oído sobre la muerte de Juan Carlos Guerrero Sánchez, manifestó: "Yo lo que he escuchado es que a él se le disparó el arma". El agente José Alfaro por ser del F-2 no viste el uniforme por tanto era él único de los agentes que estaba en el Banco Cafetero en los momentos a que se refiere la testigo, de manera que es creíble la versión del propio agente José Alfaro que el arma no era de su propiedad sino que se le había "dado a guardar" otro agente.

"Concretándose ya el momento en que ocurrió el hecho, se tiene que la enunciación de los hechos de la demanda el que se refiere concretamente a las circunstancias en que ocurrió ésta, en nada se ajusta a la realidad de las cosas, así en el hecho quinto de la demanda de lo pertinente el apoderado demandante dice: "5o.- El Sr. JUAN CARLOS GUERRERO SANCHEZ tenía instalado su taller de mecánica en local perteneciente a la casa de la Señora ANA TULIA CHEZ DE VIVEROS, sito (sic) aproximadamente una cuadra del Cuartel de la Policía Nacional en la ciudad de Mocoa (Putumayo), y allí se encontraba en las horas del medio día del 5 de Abril de 1988 laborando en asocio de JAIRO QUIROZ BRAVO, cuando de improviso hizo su aparición el Agente de la Policía Nacional *JUAN CARLOS MONCAYO* (subraya el demandante), quien se encontraba de servicio en tal ciudad, vistiendo su uniforme reglamentario y portando sus armas de dotación oficial, y llamo, al joven JUAN CARLOS GUERRERO hacia el andén al taller y dijo que iba a mostrarle la última arma de dotación oficial que les habían dado a los agentes, al momento que desenfundaba una pistola y se escuchó un disparo salido de dicha arma, el proyectil a herir en el abdomen al Sr. JUAN CARLOS GUERRERO, quien de inmediato cayó al suelo mortalmente herido, siendo trasladado al Hospital de la localidad, donde murió a los pocos minutos."

"En el hecho sexto aclara sobre la confusión del nombre del agente indicado que posiblemente su nombre sea N. Alfaro. Este aspecto aparece realmente aclarado en cuanto a que el agente que estuvo con Juan Carlos Guerrero Sánchez en el momento del insuceso tenía el nombre JOSE ALFARO.

"En cuanto a las demás afirmaciones contenidas en el hecho quinto se tiene que realmente llegó al taller un agente de la Policía, pero no se encontraba uniformado por cuanto pertenecía al "F-2" organismo de inteligencia de la Policía cuyos afectivos utilizan prendas civiles. Su llegada no puede calificarse de intempestiva, sino una llegada normal. En la investigación penal no se menciona que portara sus armas de dotación oficial. Es posible si llevara su arma de dotación oficial por cuanto acababa de escoltar a la Directora de la cárcel, pero el arma con forma de lapicero en ningún momento se ha demostrado que fuera de dotación oficial, antes por el contrario se trata de una arma que se encontraba en poder de dicho agente en forma irregular sin ser arma de dotación oficial le había sido encargada por otro agente. Para el caso se tiene por establecido, tanto por aceptarlo el agente en la investigación penal al responder a la indagatoria (folio 68 a 71) como por los testimonios de otras personas que José Alfaro llegó al taller de Juan Carlos Guerrero con dicha arma-lapicero, en el bolsillo de la camisa como se porta un lapicero común y corriente. José Alfaro llegó normalmente a saludar a Juan Carlos Guerrero, quien era su amigo. No es exacto como se afirma

en el hecho quinto que : "al momento desenfundó una pistola y se escuchó un disparo."

"Desde que llegó José Alfaro al taller de Guerrero hasta cuando se escuchó el disparo debió transcurrir algún tiempo, el testigo Jairo Quiroz en su declaración (folio 62 a 64) relata que cuando llegó el agente llamó a Juan Carlos afuera del taller, que él no puso interés a la charla, que seguía en su trabajo que luego miró hacia atrás y JUAN CARLOS "tenía en las manos una vaina niquelada como un tubo (sic), pero yo no sabía que era eso, después de un momento volví nuevamente a mirar donde estaba Juan Carlos pero ya no tenía nada en las manos, después de un momento escuché un disparo..."

"De tal manera que no fue "al momento que desfundaba (sic) una pistola" que se oyó el disparó, como se afirma en el hecho quinto de la demanda, sino que transcurrió algún tiempo, durante el cual los dos protagonistas examinaron el arma con forma de lapicero.

"En la investigación penal no se estableció quien tenía el arma en el momento del disparo. La prueba del guantelete de parafina dio resultado tanto para José Alfaro como para el cadáver de Juan Carlos Guerrero. Esta circunstancia puede deberse por una parte a deficiencia de la prueba del guantelete, o a que esta clase de armas no producen escape de partículas en forma tal que se produzca el tatuaje en las manos de la persona que la tenga en el momento de accionar el dispositivo de disparo y de producirse éste.

"En la investigación penal ha quedado sin aclararse quién de los dos protagonistas tenía el arma en su poder en el momento en que ésta se disparó, al parecer en forma accidental, puesto que ninguno de los dos tenía experiencia con esta clase de armas y la examinaban como una novedad.

"Además de Jairo Quiroz Bravo en el lugar de los hechos se encontraba el médico Oscar Martínez, según lo afirma en su declaración el propio Jairo Quiroz, pero a este señor no le pudieron localizar para recibirle el testimonio ni en la investigación penal ni en los trámites de este proceso, tal como aparece a folios 126, del Citador del Juzgado Segundo Promiscuo de Mocoa (Putumayo), y la ratificación jurada de dicho informe (folio 127).

"Los demás testimonios que en copias auténticas, solicitadas al Juzgado 24 de Instrucción Criminal, obran del folio 56 al 87, incluida las diligencias preliminares adelantadas por el Cuerpo Técnico de Policía Judicial, diligencia de levantamiento del cadáver y providencia (folio 83) mediante la cual el Juzgado 24 de Instrucción Criminal radicado en

Mocoa definió la "cituación (sic) jurídica" de José Alfaro, demuestra el hecho cierto de la muerte de JUAN CARLOS GUERRERO SANCHEZ por penetración de proyectil de arma de fuego, en hecho ocurrido el día 5 de abril de 1988 en la población de Mocoa (Putumayo), sin que se haya establecido la autoría del disparo. Los testigos que ponen no fueron presenciales a excepción de Jairo Quiroz Bravo. todos los testigos dan versiones de oídas pero ninguno supo decir quién tenía el arma en forma de lapicero en el momento en que ésta se disparó. La prueba del guantelete de parafina se realizó y dio resultado negativo para José Alfaro como para el cadáver de Juan Carlos Guerrero Sánchez (folio 76). El mismo funcionario "balístico forense" termina su concepto indicando: "...por lo anterior expuesto este resultado no debe tenerse en cuenta para efectos de la investigación."

"Algunos testigos dan versiones de oídas en su mayoría contradictorias y se atreven a hacer juicios sobre los hechos que en ningún momento presenciaron, en lo que si son enfáticos es en determinar que conocían que José Alfaro y Juan Carlos Guerrero Sánchez eran amigos, descartando la posibilidad de que de haber sido Alfaro quien tenía el arma en el momento del disparo lo hubiere hecho en forma intencional.

Otros conjeturan que quien tenía el arma después del disparo era el policía, sin embargo, tal cosa es cierta y la acepta José Alfaro, quien indica que él recogió el arma-lapicero del pie del cadáver para evitar que otras personas la recogieran, tal como se lee en su indagatoria (folios 68 a 71), y fue el quien entregó a los funcionarios investigadores.

" Queda en claro que en ningún momento se disparó un arma de dotación oficial. Que José Alfaro se encontraba transitoriamente fuera del servicio, por cuanto después de dejar a la Directora de la Cárcel en el restaurante en donde ella usualmente toma sus alimentos, él quedaba en franquicia hasta la hora en que regresaría por ella para cumplir sus funciones de escolta. Lo que si llama la atención es que la protección de la Directora de la Cárcel de Mocoa (Putumayo), no fuera permanente y a José Alfaro no le relevara nadie quedando la Directora de la Cárcel desprotegida mientras su escolta se dirigía a almorzar a otro lugar. José Alfaro no estaba uniformado y nadie le vio su arma de dotación oficial, la cual debió llevar entre sus ropas. Esa arma en ningún momento la mostró o dio a examinar a Juan Carlos Guerrero S. Nunca se demostró que el lo hubiere realizado el Agente del F-2 José Alfaro por ello el Juez 24 de Instrucción Criminal en su providencia de 5 de enero de 1.990, mediante la cual le definió la situación jurídica a JOSE ALFARO, en su punto PRIMERO dijo: " PRIMERO: Abstenerse de decretar medida de aseguramiento de detención preventiva en contra de JOSE ALFARO, por Homicidio de quien respondió al nombre de JUAN CARLOS GUERRERO SANCHEZ, por las pruebas por el presunto sindicado en

su indagatoria como también las que el Juzgado crea son necesarias en esta investigación."

"En la misma providencia se decretó medida de aseguramiento contra José Alfaro por "TRAFICO Y PORTE ILEGAL DE ARMAS DE FUEGO" y le concedió la libertad caucionada.

"Este Tribunal en consideración al tiempo transcurrido entre la fecha del auto de 5 de enero de 1990 y la de la finalización de término de pruebas de este proceso, mediante providencia de 28 de febrero de 1991 de conformidad con la facultad del Art. 61 del Decreto 2304 de 1989, a fin de conocer el estado de la investigación penal dispuso solicitar copias de las actuaciones posteriores al 5 de enero de 1990, habiendo obtenido el vio de las que obran en el folio 184 al 253, de cuyo estudio se establece que no ha cambiado la situación jurídica de José Alfaro y que la investigación aún no ha culminado.

"No estando establecida la autoría del hecho por el agente José Alfaro, no surge ninguna responsabilidad a cargo de la Nación Colombiana - Policía Nacional-, ya que no se ha demostrado falla alguna del servicio.

"Es decir no se ha probado que el hecho sea constitutivo de una falla en el servicio de policía, ni que lo haya propiciado un miembro de tal institución. Las versiones dadas por algunos de los testigos carecen de la virtualidad de constituir prueba al respecto.

"El hecho accidental debe considerarse como un caso fortuito por la circunstancia de que no existe ninguna certeza sobre quien tenía el arma de sus manos cuando se disparó ésta. Pudo haber sido el propio Juan Carlos Guerrero Sánchez, para quien tal instrumento constituía mas novedad que para José Alfaro, quien ya la conocía. Si bien es cierto que dentro del presente proceso habría podido la parte actora demostrar lo que aún no aparece demostrado en el proceso penal, tal cosa no ha ocurrido. Desde la enunciación de los hechos de la demanda (hecho quinto) se advierte que el apoderado carece de información que pudiera darle base para una estrategia probatoria. Nada nuevo demostró en este proceso, y nada nuevo se ha establecido en el proceso penal hasta el momento."

" No existe relación de causalidad entre el hecho fortuito y un daño o perjuicio que pudiera imputarse a la administración por hecho de alguno de sus agentes.

" La culpa administrativa no aparece aprobada.

" El Tribunal acoge la tesis consignada por el Señor Fiscal de la Corporación en cuanto a que deben despacharse desfavorablemente las pretensiones de la demanda.". (fls. 258-270 Cdno No. 1).

- II -

SUSTENTACION DEL RECURSO

A folios 276 y siguientes del Cuaderno Nro. 1, obra el escrito en que el apoderado de la parte actora hace sus valoraciones de naturaleza jurídica y fáctica, orientadas a defender la perspectiva desde la cual él ha estudiado el caso, todo lo cual lo lleva a solicitar la revocatoria del fallo y el despacho favorable de las pretensiones enlistadas en la demanda.

Sus motivos de inconformidad pueden resumirse así:

a) En el caso *sub-exámine* sí probó la falla del servicio, pues el Sr. JOSE ALFARO, para la fecha de los hechos, "... se desempeñaba como agente de la Policía Nacional, adscrito al F2, y que tenía como misión específica la de escolta permanente de la Sra. Directora de la Cárcel de Mocoa (Put), servicio que abandonó arbitrariamente al dejar a su protegida sin la escolta pertinente en un restaurante, en momentos en que aprestaba a almorzar, abandono éste que de por sí es constitutivo de falla en el servicio..."

b) A la anterior falla se agrega -dice- la de portar un arma de fuego, para lo cual tampoco estaba facultado, "... acto este constitutivo de falla en el servicio: en efecto, llevaba consigo un lapicero-pistola, con el cual se ocasionó la muerte al Sr. JUAN CARLOS GUERRERO SANCHEZ, y el portar dicha arma también conlleva falla en el servicio, por omisión, en sus superiores, pues tal cosa significa que no ejercieron sobre su subalterno la vigilancia adecuada, máxime si se tiene en cuenta que con dicha arma trajinaron públicamente por Mocoa varios agentes de la Policía ofreciéndola en venta, tal como lo acreditan algunos declarantes; y culmina la falla en el servicio con el hecho de sacar el lapicero homicida y accionarlo, al parecer en forma involuntaria para causar a la persona ya mencionada."

III

CONDUCTA PROCESAL DEL APODERADO DE LA NACION-MINISTERIO DE DEFENSA

Dentro del término que brinda la ley alegó de conclusión, para manifestar:

"1.- Es importante destacar que el apoderado del actor cita la sentencia del 25 de Mayo de 1990, proferida por ese Honorable Consejo de Estado en el proceso No. 5821 de cuyo actor MARCO ANTONIO LOPEZ le

fueron admitidas las súplicas de la demanda, en un caso similar. Sin embargo el señor abogado desestima el hecho que en el proceso aludió quedó claramente demostrado que el agente de la fuerza pública disparó su arma contra la víctima, mientras que en el presente eso no pudo ser dilucidado, y en el peor de los casos se llegaría a concluir que hubo culpa compartida de la víctima, debido a su imprudente curiosidad, si no en caso fortuito como lo calificó el honorable Tribunal Administrativo de Nariño

"2.- De lo anterior se desprende la incidencia que tiene en el proceso administrativo quien disparó el arma que causó la muerte a JUAN CARLOS GUERRERO SANCHEZ, aspecto que quiere ser despreciado por el demandante, por cuanto puede ser determinante de la falla del servicio, la cual definitivamente no puede tomarse como presunta, por no llenar los requisitos que esta figura exige, porque sí quedó demostrado que el arma no era de dotación.

"3.- Desde otro punto de vista, la apreciación del recurrente en el sentido de que el sólo hecho de haberle sido imputado al agente la conducta de porte ilegal de armas configura la falla del servicio es perfectamente ilógico, toda vez que la administración no puede asumir, en su condición de ente anónimo, la responsabilidad por conductas de sus agentes, que están fuera de su control.

"4.- Asalta mi curiosidad que el recurrente pretende desconocer las pruebas contenidas en el proceso penal, no obstante que si éste se desprecia, las pretensiones del proceso administrativo quedarían mas comprometidas de lo que están.

" Además argumenta que son testimonios de oídas, pero los que pide que se tengan lo son, y en cuanto a la declaración del ayudante de la víctima, que se puede considerar como el único testigo presencial, llama la atención que la adición que hace en el proceso administrativo al dicho en el proceso penal, es bien difícil de que haya ocurrido así por cuanto en ambos dice que el agente "lo llamó aparte", lo cual por lo menos establece una distancia que impidiría (sic) que el testigo haya escuchado, si fue que la víctima dijo algo, razón que hace mucho más creíble la versión del proceso penal, donde solamente relata lo que vio, sin añadir nada que haya escuchado.

" 5.- La 4a. consideración tiene fundamento en el artículo 228 de la Constitución Nacional que en la parte pertinente dispone: "...Las actuaciones serán públicas y permanentes, con la excepciones que establezca la ley y en ellas *prevalecerá el derecho sustancial...*" (subrayas fuera del texto)

" Por lo expuesto, respetuosamente solicito a los Honorables Consejeros confirmar la sentencia del *a-quo*." (fls. 228-290 Cdno No. 1).

- IV -

VISTA FISCAL

El Fiscal Décimo de la Corporación, Dr FERNANDO OSPINA HENAO, en su concepto de fondo, *OBSERVA*:

"Se ha demandado a La Nación (Ministerio de Defensa-Policía Nacional) a fin de que se le declare responsable por los hechos ocurridos en la ciudad de Mocoa-Putumayo- el día 5 de abril de 1988, y en los que resultó muerto el señor JUAN CARLOS GUERRERO SANCHEZ, como consecuencia de un disparo con arma de fuego.

"La muerte del señor GUERRERO SANCHEZ, aparece acreditada dentro del expediente de los documentos que a continuación se relacionan:

"a) Registro Civil de Defunción de JUAN CARLOS GUERRERO SANCHEZ, expedida por el Notario Unico del Circulo de Mocoa Putumayo- (Folio 19).

"b) Acta de levantamiento del cadáver, de quien en vida respondía al nombre de JUAN CARLOS GUERRERO SANCHEZ (folio 56).

"c) Necropsia realizada por el Instituto de Medicina Legal al cadáver de Juan Carlos Guerrero Sánchez, en la cual se concluye que: "Por los anteriores hallazgos conceptúo como causa de muerte: Choque hipovolémico debida a herida de miocardio y sección parcial de aorta con proyectil de arma de fuego". (folio 57).

"Respecto de las circunstancias de modo tiempo y lugar en que ocurrieron los hechos, se tomaron en el proceso varias declaraciones, a saber:

"a) Declaración del señor HILARION GUERRERO RENDON, quien acerca de los hechos en que resultó muerto JUAN CARLOS, afirma:

"...Quiero aclarar que mi casa está a una distancia de unos cincuenta metros diagonal sobre la misma calle donde Juan Carlos tenía su taller y donde sucedieron los hechos: yo recuerdo que cuando salí y me dirigí donde estaba caído Juan Carlos, ahí estaba Jairo Quiroz, un tipo del F-2 y un Médico que no recuerdo en este momento, siempre andaba con Juan Carlos, era muy amigo de él. Yo me acuerdo que en medio de la confusión el tipo del F-2 supremamente asustado con rasgos de palidez en el rostro que un arma que él tenía en la mano, que era como un

lapicero, se había disparado, no mas, sin recordar a quién se le disparó esa arma ..." (folio 115).

"Manifiesta igualmente que el arma disparada la tenía el agente del F-2.

"b) Declaración de Héctor Jairo Quiroz Bravo, quien en relación en los hechos manifiesta:

"...Eso era tipo doce y media del día mas o menos, la fecha exacta no la recuerdo pero fue en el mes de abril de 1.988, estábamos reparando un motor de moto con él, en el taller que tenía él en la casa de la señora ANA TULIA DE VIVEROS, y pues llegó este policía ALFARO del F-2 y lo llamó aparte a JUAN CARLOS, o sea hacia el guarda llantas de la calle y cuando estaban ahí hablando lo miré a ALFARO como con un tubo en la mano el cañón de un arma, era como niquelado, pequeño como la medida de un lapicero y después de un momento que alcé a mirar a Juan Carlos lo tenía en las manos, después volteé a verlo otra vez y ya lo tenía ALFARO, por ahí después de unos cinco minutos sonó una detonación y cuando sentí que Juan Carlos cayó al lado mío y no tenía nada en las manos, iba cayendo con las manos sobre el estómago y cuando Juan Carlos iba cayendo le dijo a ALFARO "huevón me heriste", y entonces ALFARO con cara de asustado me dijo que le buscara un carro y entonces salí a la calle y paré el carro de Ernesto Muriel y allí se lo llevaron a Juan Carlos para el Hospital y yo me quedé cerrando el taller, después como a la hora fui al Hospital y entonces me contaron que Juan Carlos había muerto.- Cuando sucedieron estos hechos, ahí con nosotros también estaba Oscar Martínez, un médico, quien también presenció los hechos, no había nadie más. También miró la baina (sic) una pelada que trabajaba donde doña Inés de Gaviria, pero no recuerdo el nombre, ya luego de los hechos llegaron Hilarión Guerrero y muchos más de quienes por ahora no recuerdo..." (folio 116).

" El Tribunal a-quo, echa de menos en su fallo (folio 267) la declaración que rindió el médico OSCAR MARTINEZ , testigo presencial de los hechos, Sin embargo en la misma prueba de oficio decretada por el Tribunal (Folio 177), se allegaron en copias pruebas y demás actuaciones que por el delito de homicidio adelantó el juzgado 24 de Instrucción Criminal.

" En dichas copias remitidas con destino al presente proceso, obra la declaración del Médico Cirujano, OSCAR ARMANDO MARTINEZ, quien respecto de los hechos en los cuales resultó muerto JUAN CARLOS, manifiesta:

"...JUAN CARLOS se hallaba arreglando la Guaya en la cabeza y llegó este señor, que es agente del F-2, cuyo nombre no lo sé y lo llamó a JUAN CARLOS al anden. Ellos estaban conversando y yo en el arreglo

de la moto con JAIRO. Lo único que alcancé a escuchar de la conversación de ellos fue que JUAN CARLOS dijo: "NO, NO HE PODIDO ESPERAME OTROS DIAS". De repente se escucho el estallido del balazo. Yo inmediatamente volteé hacia donde estaban ellos y JUAN CARLOS le dijo a éste señor "ME DISTE GUEBON" se llevó las dos manos hacia el pecho y empezó a dar vuelta como dirigiéndose a mi, como tratando de decirme algo, pero no le salieron las palabras. Empalicedió (sic) y empezó a caer.- Se fue al suelo y yo, inmediatamente le miré a éste y vi que tenía una especie de lapicero noquesdo (sic) y ya lo tenía como en dos partes y dijo: UN CARRO, UN CARRO..."

"Más adelante el mismo declarante agrega:

"...El sonido me hizo regresar a mirar. Yo no vi el preciso momento del disparo". JUEZ: Qué dato puede proporcionar al Juzgado respecto a la manipulación del arma de fuego que hirió a JUAN CARLOS, en el sentido de aclarar si puede existir duda sobre quien lo hizo?. CONTESTO: Por lo que vi en el instante en que JUAN CARLOS cayó, lo más probable es que el disparo lo haya hecho el Agente del F2. El tenía el arma en sus manos".

JUEZ: Cree Usted posible que estando el arma en las manos del señor JUAN CARLOS éste haya disparado y luego el arma tomado (sic) por el agente del F-2 ? CONTESTO No es posible. El arma estaba al momento de yo mirar, en las manos de la persona que disparó, pues el arma se disparó el sonido se produjo y de inmediato miré a la persona del agente del F-2 con el arma en la mano y separada en dos partes una en la una mano y otra en la otra..." (Folio 245 y Ss).

"De las anteriores declaraciones, rendidas a juicio de este despacho, por personas que merecen total credibilidad, se infiere que el disparo lo ocasionó, el agente del F-2 al accionar el arma en forma de bolígrafo.

"El hecho de que el arma causante de la tragedia no fuere de dotación oficial, y que el agente no estuviese en servicio, ello no constituye motivo para que exima de responsabilidad administrativa a la Nación, por los hechos que se han dejado expuestos. Lo anterior teniendo igualmente en cuenta la sentencia de esa Honorable Sala de fecha Mayo 25 de 1.990, Consejero Ponente Doctor Betancur J., Actor: Marco Antonio López y O. y la cual obra en fotocopia a folio 153 ss.

" Aun en el supuesto evento, que no hubiese claridad sobre la persona que disparó el arma, o todavía más, que el arma hubiese sido accionada por la víctima, igual se configuraría una falla del servicio, toda vez que la conducta imprudente, por parte de un agente del F-2, al permitir que

un conocido, cogiere un arma tan sofisticada, sin medir las consecuencias, se constituye en el motivo de la tragedia.

" Los representantes de la autoridad, en este caso los agentes, especializados y entrenados en el uso de las armas, deben saber mas que nadie, el celo y prudencia que deben tener con las armas que les han sido confiadas, para defensa de la Instituciones y salvaguarda del orden público.

" Y si lo anterior se predica respecto a las armas de dotación oficial, qué no se podía afirmar, en un caso como en el presente donde un agente del F-2, de manera alegre, descomplicada, pero imprudente, anda exhibiendo un arma sofisticada, que no es de dotación oficial?. Esa conducta imprevisiva del funcionario público, más notoria y evidente la falla del servicio de la administración.

" Las relaciones de armonía existentes entre los padres y hermanos de la víctima se acreditan con las declaraciones obrantes a folio 113 y ss.

" Los documentos con los cuales se acredita la calidad de cada uno de los demandantes obran a folio 15 y ss..

" Las razones anteriores son suficientes para que este despacho solicite de la Honorable Sala la revocatoria del fallo apelado y en su lugar acceda a las súplicas de la demanda.". (fls. 296 - 301 Cdno No. 1).

- V -

CONSIDERACIONES DE LA SALA

A) La sentencia impugnada será revocada pues el *ad-quem* no hace suya la valoración jurídica que hizo el tribunal.

En el caso *sub-examine* quedó debidamente demostrada la falla del servicio. Para llegar a esta verdad jurídica la Sala valora, en todo su universo, el testimonio rendido dentro del proceso por el Sr. JAIRO QUIROZ BRAVO, que se transcribió, en lo sustancial, al registrar la posición del Ministerio Público quien en su relato coincide con la descripción de las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que se desenvolvió la tragedia, relatadas por el médico cirujano Dr OSCAR ARMANDO MARTINEZ PONCE, cuya declaración se recepcionó dentro de la investigación penal, y que aunque no fue ratificada, la Sala valora como indicio. En lo sustancial de ésta última el citado profesional ilustra al fallador dentro del siguiente marco:

"*...JUAN CARLOS se hallaba arreglando la Guaya en la cabeza y llegó éste señor, que es agente del F.2, cuyo nombre no lo sé y lo llamó a*

JUAN CARLOS al anden. Ellos estaban conversando y yo en el arreglo de la moto con JAIRO. Lo único que alcancé a escuchar de la conversación de ellos fue JUAN CARLOS dijo: "NO NO HE PODIDO. ESPERAME OTROS DIAS". De repente se escuchó el estallido del balazo. *Yo inmediatamente volteé hacia donde estaban ellos y JUAN CARLOS le dijo a este señor; "ME DISTE GUEVON". Se llevó las dos manos hacia el pecho y empezó a dar vuelta como dirigiéndose a mí, como tratando de decirme algo, pero no le salieron las palabras. Empalideció, y empezó a caer. Se fue al suelo y yo, inmediatamente le miré a éste señor y vi que tenía una especie de lapicero noqueoado (sic) y ya lo tenía como en dos partes y dijo: UN CARRO UN CARRO*"...

"...JUEZ.- Sírvase decir si Usted presenció el preciso momento en que se produjo la detonación, o si por el contrario, el sonido le hico (sic) mirar? CONTESTO.- ". El sonido me hizo regresar a mirar. Yo no vi el preciso momento del disparo"....JUEZ. Qué dato puede proporcionar al Juzgado respecto a la manipulación del arma de fuego que hirió a JUAN CARLOS, en el sentido de aclarar se puede existir duda sobre quien lo hizo? CONTESTO.- Por lo que vi en el instante en que JUAN CARLOS, cayó lo más probable es que el disparo lo haya hecho el Agente del F2. El tenía el arma en sus manos "....JUEZ.- Cree Usted posible que estando el arma en las manos del señor JUAN CARLOS éste haya disparado y luego el arma tomado por el agente del F2? CONTESTO.- "No es posible. El arma estaba el momento de yo mirar, en las manos de la persona que disparó, pues el arma se disparó el sonido se produjo y de inmediato miré a la persona del agente del F.2 con el arma en la mano y separada en dos partes una en la una mano y otra en la otra"...JUEZ: En ésta el arma o el objeto us usado (sic) en ese momento? (SE PONE (sic) DE PRESENTE AL DENUNCIANTE, EL LAPICERO REVOLVER O PISTOLA DEJADO A DISPOSICION DEL JUZGADO POR LA POLICIA).? CONTESTO. "Si es la misma que miré en las manos del Agente del F.2..." (fls. 245-246 Cdno No. 1). (Subrayas la Sala).

Para la Sala la falla del servicio se dio, en el caso en comento, por la especial circunstancia de que el agente de la Policía Señor JOSE ALFARO, se dio a la tarea de portar arma, que no era de dotación oficial, la cual puso en manos de la víctima, desencadenándose la tragedia. En este momento del discurso el sentenciador recuerda que los miembros de la fuerza pública sólo pueden portar las armas que en sus manos entregue la República para la defensa del orden interno y externo. En ningún caso están facultados para hacer lo que sobre la materia le está vedado a los particulares. En este particular el *ad-quem* patrocina la perspectiva jurídica que manejó el Juzgado veinticuatro de Instrucción Criminal en su providencia de cinco de enero de mil novecientos noventa, en virtud de la cual decretó medida de aseguramiento de detención preventiva contra el agente JOSE ALFARO, por el delito de Tráfico y Porte

de armas de Fuego, que sanciona el decreto 3664 de 17 de diciembre de 1.986. En la parte pertinente del referido proveído se lee:

"Fuera de lo anterior y como quedó establecido en la indagatoria que rinde en este asunto el agente de la Policía Nacional, JOSE ALFARO, ante el Juzgado Décimo de Instrucción Criminal de Pereira Risaralda el 21 de noviembre de 1.989, no solo debe procesarlo a este señor por el Homicidio de el multimencionado JUAN CARLOS SANCHEZ, si no también por Tráfico y Porte de Armas previsto en el decreto 3664 de diciembre 17 de 1.986, el que suspende transitoriamente el artículo 201 del Código Penal, ya que el propietario del arma homicida es JOSE ALFARO, por no existir prueba en contrario que se demuestre a quien pertenecía el arma homicida, ya que además esta la portaba el señor JOSE ALFARO, como el mismo lo confiesa en su indagatoria, el día 5 de abril de 1.988, en horas de la tarde en que perdió la vida el citado JUAN CARLOS GUERRERO SANCHEZ." (fl. 186 Cdno No. 1).

En esta oportunidad la Corporación reitera la pauta jurisprudencial que fijo en sentencia de 25 de mayo de mil novecientos noventa (1.990), Expediente Nro 5821, Actor Marco Antonio López y otros, Consejero Ponente, Dr. Carlos Betancur Jaramillo, en la cual se discurre dentro del siguiente perfil:

"Para la Sala la sentencia deberá revocarse, no sólo porque las pruebas que obran dentro del proceso así lo dan a entender, sino también porque el enfoque hecho por el tribunal es un tanto simplista y recortado, ya que deja la impresión de haber omitido la lectura del expediente disciplinario que se le siguió el agente homicida (sic).

"De primer intento el fallo del tribunal permite inferir algo que no es racional ni lógico. Que porque el agente mató al señor López M. con un revólver que no era de dotación oficial no se dio la falla del servicio, sino la mera culpa personal de aquél.

"De aceptarse esta tesis del tribunal habría que concluir que le bastaría al agente para no comprometer la responsabilidad del Estado cumplir los actos del servicio, por irregulares y anormales que fueran, con arma o instrumento no incluido en su dotación oficial.

"Es cierto que esta misma Sala ha venido hablando de la falla presunta del servicio cuando el agente público causa el daño con su arma de dotación oficial, pero no ha dicho que si ese mismo daño lo causa con arma o instrumento que no sea de dotación oficial, desaparece la falla. No, porque en este último evento, la responsabilidad se estudia y apoya sobre un supuesto diferente a la presunción aludida: la existencia probada de una real falla del servicio, porque éste no funcionó, funcionó mal tardíamente.

" Por eso los diferentes enfoques no admiten en todos los casos estas conclusiones simples y absolutas:

" a) Que siempre que el daño se produzca con arma de dotación oficial, se dará realmente la falla del servicio; y b) Que cuando el daño lo produce un arma o artefacto que no sea de dotación oficial no podrá hablarse de esa falla.

" Y no admiten esa conclusión extrema, porque, en el primer evento, sólo se presume la falla y por tanto quien pretende favorecerse con dicha presunción deberá probar no sólo que el daño se produjo con esa arma de dotación, sino los otros supuestos en que se basa tal presunción, o sea que fue manipulada por quien era agente público, en función o en razón del servicio. Por eso mismo para que desaparezca esa presunción de falla, la parte demandada podrá desvirtuar, mediante pruebas en contrario, dichos supuestos. En otras palabras, los eventos de falla presunta admiten prueba en contrario.

"En el segundo caso (daño producido por arma o artefacto que no sea de dotación oficial) tampoco podrá concluirse siempre que no se da la falla del servicio, porque si bien aquí no opera la presunción del evento anterior (vale decir, no puede hablarse de falla presunta) tienen aplicación las reglas generales de la falla del servicio, en las que la culpa administrativa *probada* es uno de los supuestos esenciales.

"Mientras en el evento del literal a) existe una exención probatoria que podría calificarse de parcial *porque se supone que existió la falla dado el supuesto, probado, en que se basa*; en otros términos, el hecho amparado con la presunción (la existencia de la falla) no necesita prueba, pero el favorecido con ella siempre deberá probar el hecho en que la presunción se basa, o sea que el arma o el artefacto que produjo el daño era de dotación oficial, en el evento del literal b) (daño con un arma o instrumento que no sea de dotación) la carga de la prueba del actor será completa porque deberá demostrar que el servicio funcionó inadecuadamente y que ese defectuoso funcionamiento produjo daños a una persona determinada.

"Hechas estas reflexiones se concluye que el asunto está gobernado por las reglas de la falla probada del servicio o no por las de la presunta que parece ser las que aplicó el tribunal inadecuadamente. " (fls. 156 - 159 Cdno No. 1). (Subrayas de la Sala).

B) Por lo que hace relación con los perjuicios, tanto los padres de la víctima Señores CARLOS ROBERTO GUERRERO como ANA MARLENE SANCHEZ DE GUERRERO, demostraron estar legitimados por activa. Lo propio cabe predicar de los hermanos ADRIANA Y ALVARO JAVIER GUERRERO SANCHEZ.

Habida consideración de que respecto de los hijos se presume el afecto, la Sala condenará al pago de un mil (1.000) gramos de oro fino a favor de cada uno de los citados ascendientes, por concepto de perjuicios morales. Los hermanos ADRIANA Y ALVARO JAVIER GUERRERO SANCHEZ, recibirán, a igual título, trescientos (300) gramos de oro fino, cada uno.

Las citadas cantidades se deberán cubrir con el precio nacional que el referido metal tenga en el momento de quedar ejecutoriado el presente fallo.

Se condenará también al pago de perjuicios materiales en favor de los demandantes CARLOS ROBERTO GUERRERO Y ANA MARLENE SANCHEZ DE GUERRERO (padres), pues demostró que el finado les ayudaba económicamente. Para hacer la liquidación correspondientes se toma en cuenta el salario mínimo vigente para el año de 1.988, pues la prueba testimonial recepcionada no tiene fuerza de convicción respecto al ingreso que el actor sitúa en el nivel mensual de cien mil pesos ($100.000.oo). Así, HILARION GUERRERO RENDON, al ser interrogado sobre está circunstancia particular del caso, dijo:

> "El trabajaba en la reparación de motos, tenía su propio taller, y vendía repuestos para motos también; *en ese entonces podría ganarse mensualmente unos ciento veinte mil pesos...*"; HECTOR JAIRO QUIROZ BRAVO, destacó: "La profesión de él era mecánico, él se entendía con cuestión de motores de motos, de vehículos, plantas eléctricas, y esa profesión creo que *le botaba en ese entonces unos noventa o cien mil pesos mensuales....*"; PABLO EMILIO PADILLA ARCINIEGAS, sobre el mismo particular, dijo:"...él obtenía unos ingresos mensuales aproximados entre ciento veinte y ciento cincuenta mil pesos...".

Dentro del marco probatorio anterior, no hay certeza sobre el ingreso mensual del occiso. Esta realidad lleva al sentenciador, por razones de equidad, a tomar en consideración el salario mínimo, pues es un hecho cierto y demostrado que el señor JUAN CARLOS GUERRERO SANCHEZ laboraba. La condena se hace en concreto, para lo cual se han seguido las siguientes pautas:

PRIMERA. Se ha tomado en consideración el salario mínimo vigente para el año de 1.988;

SEGUNDA. Del citado salario mínimo se ha descontado un cincuenta por ciento (50%), que es el monto que se considera que el occiso dedicaba para atender a su congrua subsistencia;

TERCERA. Se ha hecho la liquidación hasta el momento en que el finado hubiera cumplido los veinticinco (25) años, que es la edad en que

manejando la presunción de hombre se considera que habría formado su propio hogar;

CUARTA. Se ha actualizado la condena, como fue pedido, siguiendo para ello las pautas jurisprudenciales fijadas por la Corporación.

Dentro del marco anterior, los perjuicios materiales que deberá pagar LA NACION -MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL, son:

Para CARLOS ROBERTO GUERRERO (padre), la suma de OCHOCIENTOS CUARENTA Y SIETE MIL QUINIENTOS SESENTA Y NUEVE PESOS MONEDA CORRIENTE ($ 847.569.oo);

Para ANA MARLENE SANCHEZ DE GUERRERO (madre), la suma de OCHOCIENTOS CUARENTA Y SIETE MIL QUINIENTOS SESENTA Y NUEVE PESOS MONEDA CORRIENTE ($ 847.569.oo).

En mérito de lo expuesto, el Consejo de estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección Tercera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: REVOCASE la sentencia calendada el día (5) de septiembre de mil novecientos noventa y uno (1.991), proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño, dentro del proceso del rubro, por las razones dadas en los considerandos de este proveído, y, en su lugar RESUELVE :

a) DECLARASE que la NACION COLOMBIANA-MINISTERIO DE DEFENSA-POLICIA NACIONAL-, es administrativamente responsable de la muerte del Señor JUAN CARLOS GUERRERO SANCHEZ, ocurrida en las circunstancias de modo, tiempo y lugar que se dejan precisadas en el presente proveído;

b) Como consecuencia de la declaración anterior, se condena a LA NACION COLOMBIANA -MINISTERIO DE DEFENSA-POLICIA NACIONAL-, a pagar por concepto de perjuicios morales a CARLOS ROBERTO GUERRERO Y ANA MARLENE SANCHEZ DE GUERRERO (padres) la cantidad de un mil (1.000) gramos de oro fino para cada uno.

CONDENASELE, igualmente a pagar, a igual título, a los hermanos ALVARO JAVIER Y ADRIANA GUERRERO SANCHEZ, la cantidad de trescientos (300) gramos oro fino para cada uno.

Las cantidades anteriores de oro se deberán cubrir con el precio nacional que el referido metal tenga en el momento de quedar ejecutoriada la presente sentencia.

c) CONDENASE a la NACION COLOMBIANA -MINISTERIO DE DEFENSA POLICIA NACIONAL, a pagar, por concepto de perjuicios materiales, en la modalidad de lucro cesante, las siguientes sumas de dinero:

A) A CARLOS ROBERTO GUERRERO, la suma de OCHOCIENTOS CUARENTA Y SIETE MIL QUINIENTOS SESENTA Y NUEVE PESOS ($ 847.569.oo) M/CTE;

B) A ANA MARLENE SANCHEZ DE GUERRERO, la suma de OCHOCIENTOS CUARENTA Y SIETE MIL QUINIENTOS SESENTA Y NUEVE PESOS ($ 84.569.oo) M/CTE.

d) Deniéganse las demás pretensiones de la demanda.

e) A la presente sentencia se le deberá dar cumplimiento en los términos consagrados en los artículos 176 y 177 del C.C. Administrativo.

f) Expídase las copias de la presente sentencia con destino a la partes y a los interesados, dejando constancia respecto de la que presta mérito ejecutivo.

SEGUNDO: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE.

Daniel Suárez Hernández, Presidente de la Sala; *Carlos Betancur Jaramillo, Juan de Dios Montes Hernández, Julio César Uribe Acosta.*

Ruth Stella Correa Palacio. Secretaria

FALLA DEL SERVICIO DE POLICIA - Allanamiento

No hay espacio para la duda que impida concluir que la falla del servicio se dio. La administración es una y debe actuar en forma coordinada. Por ello, no puede, de un lado, autorizar el funcionamiento de una oficina de servicios químicos, y, por el otro, disponer que se haga el registro del inmueble donde ella funciona, con apoyo en simples comentarios o rumores no verificados previamente. Por lo demás, la actuación de la autoridad, que ha debido desarrollarse en forma pacífica, tuvo brotes de violencia contra personas, injustificada desde todo punto de vista. Aún en el evento de que se hubiese descubierto el laboratorio para el procesamiento de estupefacientes, no es de recibo que se tratara en forma vulgar a las personas, ni que se las torturara.

PERJUICIOS MORALES A LESIONADOS

La Sala patrocina la condena que por perjuicios morales se hizo por seiscientos gramos de oro para cada uno de los afectados por estar acorde con la lógica de lo razonable. Se demostró el despliegue que la prensa local dio al asunto. El escándalo público produjo dolor moral en los demandantes. El titular con el cual se registró la noticia -Demoledor golpe en el corazón de la mafia -, seguido de las declaraciones del Comandante de la Policía, necesariamente debieron producir desasosiego y sufrimiento en las citadas personas. Si la policía hubiese actuado con prudencia, no habría hecho declaraciones para la prensa dentro del marco que se deja transcrito. Ella ha debido esperar el informe que posteriormente rindió la Universidad Industrial de Santander, de cuya lectura se desprende que las muestras analizadas dieron como resultado ácido clorhídrico.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera

Santafé de Bogotá, D.C., Agosto veintisiete (27) de mil novecientos noventa y dos (1992)

Consejero Ponente : *Doctor Julio César Uribe Acosta*

Referencia: Expediente Nº. 7187 Actor : David Domínguez Castro y Otros.

Demandado: LA NACION - MINISTERIO DE DEFENSA - POLICIA NACIONAL.

- I -

Agotada la tramitación procesal de ley, sin que se observe causal de nulidad que vicie la actuación, procede la Sala a desatar el grado de CONSULTA de la sentencia calendada el día tres (3) de septiembre de mil novecientos noventa y uno (1991), proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, que en su parte resolutiva, *DISPUSO*:

"1.- Declarar que la Nación es responsable por falla en la prestación del servicio, de los perjuicios sufridos por los señores DAVID DOMINGUEZ CASTRO, LEONARDO DOMÍNGUEZ CASTRO Y GLADYS JAIMES DELGADO, con ocasión de los hechos sucedidos el día 8 de septiembre de 1988, dentro del operativo cumplido por miembros de la Policía Judicial de este Departamento, en las circunstancias de tiempo, modo y lugar precisados en la parte motiva de esta providencia.

"2.- Condenar a la Nación al pago de perjuicios morales causados a las personas antes mencionadas, en la cantidad de seiscientos (600) gramos oro para cada uno de ellos, al precio que certifique el Banco de la República a la fecha de esta decisión.

"3.- La suma de dinero que resulte por concepto de perjuicios morales reconocidos, causará intereses comerciales dentro de los seis meses siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, de ahí en adelante intereses moratorios (Art. 177 del C.C.A).

"4.- En caso de no ser apelada esta sentencia consúltese con el superior." (folios 287-288, C.1).-

Para la mejor comprensión jurídica de todas las circunstancias legales, generales y particulares del caso, se transcribe a continuación lo pertinente

del referido proveído, en el cual se razona judicialmente dentro del siguiente temperamento:

"Los señores DAVID DOMINGUEZ CASTRO, LEONARDO DOMINGUEZ CASTRO Y GLADYS JAIMES DELGADO, obrando a través de apoderado judicial, presenta demanda contra La Nación - Ministerio de Defensa Policía Nacional, para que previos los trámites de un proceso ordinario, mediante sentencia definitiva que haga tránsito a cosa juzgada, se hagan las siguientes declaraciones y condenas:

"Que la Nación es responsable por falla en la prestación del servicio, de los daños y lesiones que sufrió DAVID DOMINGUEZ CASTRO en su persona, honra y bienes, en desarrollo del operativo policial realizado el 8 de septiembre de 1988, por miembros de la Policía Judicial en su residencia y oficinas en esta ciudad.

"Que igualmente es responsable La Nación por falla en la prestación del servicio, de los daños y lesiones que sufrieron Leonardo Domínguez Castro y Gladys Jaimes Delgado en su persona, honra y bienes en desarrollo del operativo que ya hemos comentado anteriormente.

"Que en consecuencia La Nación debe pagar a cada una de las personas citadas, "la cifra que resulte de multiplicar un mil (1000) gramos oro a la fecha de la decisión, por su valor, de acuerdo con certificación que se solicitará en su oportunidad al Banco de la República".

"Por último que se condene a la Nación al pago de los intereses comerciales que causen las sumas concretas a que se contraigan, "las condenas en perjuicios impetrantes dentro, de los seis (6) meses siguientes a la ejecutoria de la sentencia que los liquide o tase, y moratorios con posterioridad al lapso anotado".

FUNDAMENTOS DE HECHO:

Los argumentos fácticos podemos resumirlos de la siguiente manera:

"David Domínguez Castro es ingeniero químico y al 8 de septiembre de 1988 prestaba sus servicios a una sociedad denominada "Serquim Limitada", cuyo objeto era la asistencia a los mineros de Santander en labores de purificación de metales preciosos. En ejercicio de estas tareas, se veía precisando a usar sustancias de circulación restringida por el Consejo Nacional de Estupefacientes, motivo por el cual le expidió tal organismo licencia provisional para que Serquim Ltda. pudiera comprar y consumir mensualmente una tonelada de ácido clorhídrico, dos toneladas de ácido sulfúrico y doscientos kilos de Metil-etil-acetona.

"El mencionado señor había adquirido y acondicionado un laboratorio químico que requería de una serie de implementos tales como recipientes de cristal, equipos de destilación, balanzas de precisión, pipetas, etc., necesarios para la ejecución de los procesos químicos de purificación y tratamiento de minerales y metales; tomó en arrendamiento una edificación de propiedad de Luis María Dulcey Barragán, ubicada en la calle 41 número 05-48 del Barrio Alfonso López de esta ciudad y previas las licencias de ley, trasladó allí su pequeño laboratorio. "que inicialmente había montado en la cale 3a-10 de la calle 37".

"La Policía Judicial de Santander después de adelantar unas averiguaciones ligeras e irresponsables que pretendieron aparecer como una investigación seria y eficaz, constataron la existencia del laboratorio, deduciendo que el mismo era, "para el procesamiento de estupefacientes". La conclusión que obtuvieron estas autoridades fue la de que David Domínguez Castro, su hermano, el propietario del inmueble y su hijo eran al parecer los autores y responsables del caos social que atravesaba la zona urbana de Bucaramanga.

"Con fundamento en estas precarias premisas, la Jefatura de ese organismo determinó, el 8 de septiembre de 1988, en horas de la madrugada la práctica de un registro policial, a saber: Al número 3A-10 de la calle 37; al número 5-48 de la calle 41 y al apartamento 704 del inmueble No. 24-54 de la calle 34 de esta ciudad, donde tenía su residencia David Domínguez.

"A las 4 a.m. del día mencionado, personal de la Policía Judicial penetró a la sede industrial de Serquim Ltda., escalando muros y procedimientos al registro del inmueble; allí encontraron algunas canecas plásticas con líquidos, recipientes de vidrio, tubos de ensayo, etc., sin que se encontrara cantidad alguna de sustancia de estupefacientes o base para la elaboración de las mismas.

Con posterioridad a este registro se dirigieron al inmueble 3A-10 de la calle 37, lugar de donde estaba siendo trasladado el laboratorio, encontrando algunos elementos del mismo, pero sin hallar indicios de que en ese lugar se procesaran sustancias alucinógenas. El ingreso a este inmueble se hizo de manera brutal, por cuanto la entrada al mismo se logró mediante amenazas verbales, respaldadas con armas de fuego, además de haber procedido a amordazar, vendar y torturar a Leonardo Domínguez Castro, hermano del anterior, "por el hecho de ser su eventual recadero, en obviamente vanos esfuerzos para que 'cantara' todo cuanto supiera sobre los negocios de aquél".

"Aún cuando nada lograron, insistieron en el registro del apartamento donde residía David Domínguez Castro en compañía de su cónyuge,

quien se hallaba en estado de gravidez; para ingresar a su lugar de habitación los agentes en número de 20, hicieron caso omiso del celador, intimaron al señor Domínguez e iniciaron una tarea de saqueo del apartamento. En vista de que la búsqueda de alguna prueba que comprometiera a esta persona fue fallida, uno de los agentes sacó de su propio bolsillo una pequeña papeleta que quiso hacer parecer como hallada entre el pasaporte de David Domínguez Castro.

"Fue sacado de su vivienda esposado, acompañado de su cónyuge y llevado a las dependencias de la Sijin, de allí conducido al inmueble número 5-48 de la calle 41 y expuesto al montaje publicitario que del operativo habían hecho los agentes del orden, del cual dieron cuenta la radio, la prensa escrita y la televisión.

Prueba del despliegue noticioso lo constituye lo consignado en el diario Vanguardia Liberal, del viernes 9 de septiembre de 1988, en donde a una página se informa sobre un demoledor golpe a la mafia en esta ciudad por procesamiento de coca; en este informe se decía que David Domínguez Castro era miembro de "un apéndice de una banda de Narcos a nivel Nacional".

"Todo lo antes narrado constituyó una ligereza imperdonable e injusta al sindicarse a esta persona frente a la opinión pública por el Comando de Policía de Santander, con esos calificativos, como consta en el oficio número 1224 POJUD-749 dirigida al Juez Especializado, que dice en uno de sus apartes: "... las personas antes relacionadas -entre ellos mi mandante- fueron aprehendidas por encontrarse involucradas en el procesamiento de estupefacientes, porte de elementos químicos, implementos para laboratorio y sustancias alucinógenas... de acuerdo al acto de incautación y decomiso.."

"El Juez Segundo Especializado, escuchó en diligencia de indagatoria al Sr. Domínguez Castro y sometió a experticio químico las sustancias incautadas, llegándose a la conclusión de que eran necesarias en la actividad que esta persona desarrollaba. Así las cosas le fue concedida libertad incondicional al sr. David Domínguez y a las personas con él capturadas, dejando constancia de la ilegalidad de la captura de las mismas, la arbitraria retención de sus vehículos y afirmando que el procedimiento policivo realizado en estas circunstancias es reprochable y atenta contra la imagen de esa institución.

"La conclusión que el libelista deduce de lo antes referido es la existencia de una falla en la prestación del servicio de seguridad ciudadana por la Policía Nacional, derivada de los errores ya cuestionados." (folios 267-273, C.1).....

"CONSIDERACIONES DE LA SALA.

"La Corporación al iniciar el estudio de la presente acción, promovida con el fin de establecer el grado de responsabilidad que según las pretensiones del libelo, le corresponde a La Nación, Ministerio de Defensa, Policía Nacional, por una falla en la prestación del servicio, procederá a estudiar las pruebas arrimadas al proceso, teniendo como base las copias autenticadas tomadas del original del proceso radicado a la partida No. 347 del Juzgado 2o. Especializado y que fueron anexadas a partir de los folios 2 y s.s. del expediente.

"De conformidad con los argumentos fácticos oportunamente insertados dentro de esta providencia, se precisa que el señor David Domínguez Castro, Leonardo Castro y Gladys Jaimes Delgado, fueron víctimas de un atropello cometido por la Policía Judicial de Santander el día 8 de septiembre de 1988, que les causó perjuicios en su patrimonio moral en razón a que fueron tratados como simples delincuentes en un operativo que pretendía ubicar un supuesto laboratorio de cocaína, sus propietarios y a quienes patrocinaban la producción de estupefacientes en esta ciudad.

"A folios 5, 6 y 7 del expediente se encuentra las correspondientes resoluciones expedidas el día 8 de septiembre de 1988, por las cuales el Departamento de Policía de Santander, Policía Judicial, ordenaba la práctica de diligencias de registro en los inmuebles situados en la calle 37 No. 3A-10 del Barrio La Joya, calle 41 No.5-48 del Barrio Alfonso López y en la calle 34 No. 24-54 Apto 704 de esta ciudad, "con el fin de incautar los estupefacientes u otros elementos para la misma actividad y aprehender a los responsables de este ilícito, quienes serán puestos en forma inmediata a ordenes de la autoridad competente".

"Dentro del texto de los actos administrativos antes citados en su artículo 3o. se establecía además que, "La diligencia la efectuarán los efectivos del Cuerpo Técnico de Policía Judicial, con el apoyo de la Policía Uniformada si fuere necesario...".

"Con fundamento en estas determinaciones adoptadas por el sr. Capitán Carlos Alberto Martínez Sánchez, Jefe de la Policía Judicial, se procedió a su cumplimiento, aduciéndose que los cuerpos investigativos de esa dependencia habían sido informados, "por medios que merecen todo crédito", que en los lugares atrás indicados existían personas que se dedicaban al tráfico de estupefacientes.

El día tantas veces mencionado, efectivamente un grupo de agentes del orden dirigidos por el señor Jefe de la Policía Judicial llegó a estos sitios iniciando el examen pormenorizado de los inmuebles; vale la pena destacar que el argumento consignado inicialmente en las resoluciones

que autorizaban los allanamientos, no ofrece la credibilidad suficiente, en el sentido de que no aparece dentro del expediente alguna prueba que sustente y respalde la afirmación de que habían medios que merecían todo crédito, y servían de respaldo a estas diligencias. En la parte considerativa de todas las órdenes a que hemos hecho alusión, se consigna con claridad que en el evento de que no se permitiera la entrada a esos lugares, se montaría un servicio de vigilancia, solicitándose en la primera hora hábil la autorización judicial para el allanamiento. Este compromiso allí estipulado no se cumplió por las fuerzas del orden, en el caso de la residencia ubicada en la calle 41 No. 5-48; siendo las 4 a.m. el personal de la Policía Judicial, tal como consta en el documento que obra al fl. 8 del expediente, penetró por el techo aduciendo que en el momento de realizar tal actuación no se encontraba ningún morador en ese inmueble. Como es de fácil deducción, este procedimiento constituye una clara arbitrariedad en detrimento del patrimonio de los involucrados en estas diligencias y es uno de los primeros factores que tipifican la conducta indebida de los agentes del orden.

"En el operativo policial se puso a disposición del Juez Especializado (reparto) en esa fecha, a los señores Domínguez Castro y también a Luis María Dulcey Barragán y Luis Enrique Dulcey Arciniegas, así como también los vehículos que se encontraron en esos lugares, según consta en el acta de incautación y decomiso que aparece al folio 8 y s.s. del proceso. A la señora Gladys Nubia Jaimes quien se encontraba en estado de embarazo le notificaron orden de comparendo a las dependencias de la Policía Judicial.

"En documento suscrito por el Capitán Martínez Sánchez, cuyo número es el 1224 POJUD-749 (fl.2) se explica el motivo de la aprehensión, señalándose que éste obedeció a que, "las personas anteriormente relacionadas fueron aprehendidas por encontrarse involucradas en el procesamiento de estupefacientes, porte de elementos químicos, implementos para laboratorio y sustancias alucinógenas de acuerdo al acta de incautación y decomiso número 001 del 08-09-88, en la cual se especifican las circunstancias y motivos de retención de cada una de estas personas...".

"Se dejó constancia de que hacen parte de ese informativo las exposiciones libres y espontáneas a las personas antes mencionadas.

"De éstas se puede establecer, comenzando por la de David Domínguez Castro (Fl. 18) que el mencionado señor es un ingeniero químico que hacia el año de 1984 constituyó una sociedad de servicios químicos metalúrgicos denominada SERQUIM LTDA., cuyos objetivos eran entre otros la compraventa, elaboración y distribución de productos químicos, utilizados en el tratamiento del oro y la plata. Algunos de esos elementos

encontrados en el laboratorio están controlados por el Consejo Nacional de Estupefacientes y precisamente por esa razón se le había otorgado un permiso para que pudiera adquirirlos en el mercado y emplearlos en ese lugar, estos documentos aparecen incorporados a partir del fl. 86 y s.s., con lo cual se ratifica lo aducido por el declarante en el sentido de que tenían el visto bueno de las autoridades para disponer de productos tales como ácido clorhídrico, ácido sulfúrico y metil-etil-cetona.

"Las diligencias surtidas con estas personas permiten a la Sala llegar a conclusiones tales como la de que el negocio o actividad que se desarrollaba en los lugares allanados por la Policía Judicial era lícito; efectivamente los investigadores de ese cuerpo oficial, en las pesquisas no pudieron obtener pruebas serias y contundentes que los comprometieran, ya que al fin y al cabo se trataba de comerciantes que ejercían sus profesiones en diferentes campos, esto le había permitido a la familia Dulcey arrendarle al Sr. David Domínguez la casa ubicada en la calle 41 No. 5-48 de esta ciudad.

"El Juez Segundo Especializado, el día 9 de septiembre de 1988 ordenó la encarcelación de los retenidos en la Modelo de esta ciudad; con fecha 12 de septiembre de esa anualidad se le recibió diligencia de indagatoria a David y Leonardo Domínguez Castro, quienes en su declaración consignaron que habían sido tratados muy mal por el personal de la Policía Judicial, hasta el punto de ser torturados por los miembros de ese cuerpo investigativo (FL: 49 y 54); sin embargo en el expediente no se encuentra prueba que permita a la Sala llegar a la conclusión de que sucedieron esos hechos, es simplemente la manifestación de los ofendidos, no hay un experticio médico que permita fehacientemente comprobar lesiones, maltratos, en fin daños corporales infligidos a estas personas. En necesario aclarar que los testimonios que aparecen dentro del proceso y que fueron recibidos con ocasión del trámite penal ante la jurisdicción especializada de orden público no fueron ratificados como lo exigen las normas legales, dentro de este proceso, por lo cual no pueden ser tenidos en cuenta como medios de acreditamiento. Solamente se adelantó este trámite con el correspondiente a Luis María Dulcey Barragán (fl. 232), pero de tal diligencia no se agrega algo nuevo o excepcional frente a las demás pruebas recaudadas.

"A los fls. 74 y 75 aparecen comprobantes o facturas de la Empresa Produquímica del Oriente Ltda., en donde se hace constar que a la firma SERQUIM LTDA., le fueron vendidas varias garrafas de ácido muriático y posteriormente una tonelada de ese mismo producto, registrándose el permiso que tenía el adquiriente para hacer uso de ellos. A los fls. 79 y s.s. aparece una licencia de funcionamiento del Departamento de Planeación Municipal otorgada al sr. David Domínguez para desarrollar su actividad de servicios químicos; una licencia sanitaria

de la Secretaría de Salud Municipal del lugar donde tenía ubicado su establecimiento comercial y además sendos documentos de la Superintendencia de Control de Cambios, donde se ordena la inscripción del mencionado comerciante en oro de minas, licencia que para el momento en que ocurrió el operativo estaba plenamente vigente, respaldando con ello su labor profesional.

"Con fecha septiembre 15 de 1988, la Universidad Industrial de Santander, por conducto del Departamento de Química de ese centro docente, envió al funcionario judicial que investigaba la conducta de esas personas, los resultados de los análisis de las 23 muestras remitidas por el Juzgado y que se encontraron en la calle 37 NO. 3A-10 del barrio La Joya y de la calle 34 No. 24-60, Apto 704 de esta ciudad, de las cuales de deduce que se trataba de ácido clorhídrico y acetato de isoamilo, éste último, un disolvente empleado en los trabajos con PVC. Los oficios que obran a los fls. 108 y s.s. del expedienté permiten establecer que los productos examinados no son sustancias narcóticas en procesamiento o estupefacientes.

"Al detenernos en el pronunciamiento hecho por el juzgador de instancia, con fecha 16 de septiembre de 1988 (fl. 112 y s.s.). teniendo en cuenta todas las probanzas a que nos hemos referido, vemos que realiza un estudio y análisis serio sobre los elementos de juicio que integraron esas sumarias, concluye que la policía no halló en los tres allanamientos practicados, ni un solo gramo de droga de estupefaciente o de base para la misma en los lugares donde ejerce sus actividades la familia Domínguez Castro; las explicaciones dadas sobre la existencia del laboratorio, sus componentes y utensilios, fueron suficientes para convencer al Juez de que su actividad se encontraba ajustada a la Ley. La licencia otorgada por el Consejo Nacional de Estupefacientes, según lo dicho por el Juez, "desnaturaliza en forma absoluta el liviano y atrevido cargo de la policía, consistente en la supuesta tenencia ilícita de los ácidos y productos ya reseñados".

"La determinación que se tomó como era obvio, fue la de ordenar la libertad inmediata de los indagados por no hallarse mérito para su retención, lo cual ocurrió ese mismo día 16 de septiembre de 1988, resultando favorecidos los hermanos David y Leonardo Domínguez Castro, quienes alcanzaron a completar en la penitenciaría de esta ciudad la cantidad de ocho (8) días de detención.

"Con fecha octubre 29 de 1988 ese Despacho entró a pronunciarse acerca de la petición de cesación de todo procedimiento en favor de los sindicados, con fundamento en el escrito elevado por el señor apoderado de los mismos. La determinación fue favorable y el fundamento definitivo para esta decisión fue del siguiente tenor: "De manera que, la decisión

que en esta etapa procesal se impone no puede ser otra que la orden de cesar todo procedimiento en favor de los injustamente acusados por la Policía Judicial, habida cuenta que la jurisdicción penal no puede prolongar en el tiempo la vida de una acción penal que tuvo origen exclusivamente en un acto asaz arbitrario de uno de los organismos secretos del Estado".

"Es evidente para la Sala, que en el caso de autos se presenta con características muy claras una falla en el servicio, que ocasionó unos perjuicios, que por consiguiente deben ser indemnizados. A la luz de lo que se entiende como responsabilidad administrativa, el régimen común enseña que los tres elementos constitutivos de esta son los siguientes: Una falla o falta en el servicio, un perjuicio y una relación de causalidad entre la primera y el último. Corresponde al actor dar la prueba de la ocurrencia de la falla, pues si así no lo hace frustra la posibilidad de que se reconozcan las pretensiones plasmadas en la demanda. Las causales exonerativas para la administración pública deberán tener como respaldo la prueba del caso fortuito, la fuerza mayor y la culpa exclusiva de la víctima, o también, cuando se demuestra por parte del Estado que el hecho dañoso es imputable a un tercero o a dolo o culpa grave de su agente. La falla del servicio a que hacemos alusión permite identificar los elementos que la componen; en efecto, con antelación se registró dentro de este proveído que existieron oficialmente unas órdenes de allanamiento a los inmuebles de los demandantes por parte de la Policía Judicial del Departamento, que como dijimos anteriormente no fueron cumplidas a cabalidad por los mismos destinatarios, pero permitieron el operativo que culminó con la detención arbitraria de la familia Domínguez Castro, la incautación de elementos de trabajo y el sostenimiento a un proceso que como se demostró no se compadecía con la calidad de los inculpados.

"En el caso sub-judice la Sala observa que se violó el contenido obligacional que se impone al Estado, el cual exige de sus representantes la prudencia y ponderación necesarias para no violentar el patrimonio de sus asociados; de los argumentos del sr. Juez 2o. Especializado se puede establecer sin mayores esfuerzos que la tarea realizada por el cuerpo de la Policía Judicial, ocasionó daños en el patrimonio moral de estas personas, que necesariamente debe ser resarcido pecuniariamente, pues no existe otra fórmula para restañar en parte los daños ocasionados por quienes supuestamente deben velar por la vida, honra y bienes de los ciudadanos.

"El nexo de causalidad que se dio entre los hechos constitutivos de la falla y los perjuicios causados, es claro, por ello la Corporación accede a las pretensiones del libelo en el sentido de condenar a la Nación al pago de los perjuicios morales para cada uno de los demandantes. La

circunstancia que permite reconocerlos tiene como base la aflicción y el dolor que se causan a personas honestas cuando en forma injusta, sin respaldo legal, se pone en tela de juicio su reputación. El Tribunal sólo ordenará el reconocimiento para cada uno de ellos de 600 gramos oro a título de indemnización por el daño moral subjetivo, en razón a que el hecho de la privación de la libertad injustamente, amerita el perjuicio. No se accede a la petición máxima ya que las torturas, vejámenes y la publicidad de esos acontecimientos supuestamente atribuibles a los organismos policiales, que harían más gravosa la aflicción moral, no aparecen debidamente acreditados en el proceso." (fls. 277-287, C.1):

- II -

CONDUCTA PROCESAL DE LA APODERADA DEL CENTRO DE IMPUTACION JURIDICA DEMANDADO

Dentro del término que brinda la ley alegó de conclusión, para *EXPONER*:

"Ante todo, persigo la revocatoria del fallo impugnado y que en su lugar la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Honorable Consejo de Estado, absuelva de toda responsabilidad a la entidad que represento denegando las pretensiones de la demanda por las siguientes razones:

"En el *sub-judice* NO hubo falla en la prestación del servicio por parte de la Nación - Policía Nacional teniendo en cuenta que el operativo policial, base de esta reclamación, se llevó a cabo sustentando en el ordenamiento jurídico vigente, acorde con las normas penales que regulan la materia, como se dejó consignado en memorial alegato de conclusión, visible a fls. 246 y ss.

En efecto, la Policía Judicial tiene atribuciones, así como cualquier persona acorde con la Constitución Nacional, para capturar el presunto infractor de la ley penal cuando será sorprendido en situación de flagrancia.

"Según el art. 393 del C. de P.P., se entiende que hay FLAGRANCIA "Cuando la persona es sorprendida en el momento de cometer un hecho punible o cuando es sorprendida con objetos, instrumentos o huellas, de los cuales aparezca fundamentalmente (sic) qué momentos antes ha cometido un hecho punible o participado en él, o cuando es perseguida por la autoridad, o cuando por voces de auxilio se pide su captura".

Sobre esta norma el tratadista Edgar Escobar López en su libro "Comentarios al nuevo Código de Procedimiento Penal" señal Editora, Medellín, 1.987, pag. 161 señala:

"El legislador Colombiano ha fundido en el art. 393 del C.P.P., lo fenómenos de la flagrancia y de la cuasiflagrancia al "definir" la primera aunque adicionando, a aquellos conceptos de la doctrina foránea, la condición de que el sorprendimiento *con objetos, instrumentos o huellas haga aparecer fundamente no solo la autoría sino la participación (*en cualquiera de sus formas) *en la comisión del punible,*" o cuando por voces de auxilio se pide su captura", *situaciones que deben dejarse a la libre valoración de la persona que realice la aprehensión* y precisamente por sorprender al sujeto en cualquiera de esas condiciones.

Ahora, de conformidad con los arts. 23 y 24 de la Carta Política, *cualquier ciudadano puede capturar a un sujeto sorprendido in flagranti con el único objeto de ponerlo a disposición de las autoridades competentes para que investigue su conducta..*". (subrayo).

"Así las cosas, corresponde al funcionario valorar, si un sujeto se encuentra en situación de flagrancia o no, para proceder a su captura, de allí que como la actividad desarrollada por los hoy actores exigía el uso de un laboratorio, de múltiples elementos químicos y el porte y tenencia de sustancias de uso restringido, despertó en las autoridades razonables sospechas sobre un posible comportamiento al margen de la ley, y, por configurar un estado de flagrancia permanente, autorizaba a realizar el procedimiento que en efecto se cumplió.

"Como se demostró dentro del proceso, en los momentos anteriores, concomitantes y subsiguientes a la captura de DAVID y LEONARDO DOMINGUEZ CASTRO era imposible, para los miembro del Cuerpo Técnico de Policía Judicial, determinar si el contenido de las canecas y pipetas así como de las sustancias, líquidas y demás muestras encontradas eran o no necesarias para el procesamiento de la cocaína, más aún tratándose de sustancias de uso restringido y de difícil caracterización.

"En efecto, consta en el expediente que al solicitarse dictamen pericial sobre la naturaleza del material incautado, el mismo perito toxicólogo, en oficio visible a folio 65 manifestó la imposibilidad de caracterizarlas indubitativamente explicando que para ello se requería un equipo de espectrofonotometría y/o un cromatógrafo de gas, sugiriendo que las muestras podían ser analizadas en el Instituto de Medicina Legal en Bogotá o Medellín, que sí contaba con los recursos para ello.

"Así las cosas y para el momento de su captura los actores se encontraban en situación de flagrancia, situación que justificaba la aprehensión, de los actores, por los miembros del Cuerpo Técnico de Policía Judicial.

"Al respecto la Sala de Casación Penal de la Honorable Corte Suprema de Justicia, dentro del proceso adelantado contra SERGIO PINZON DIAZ por delito contemplado en la ley 30 de 1.986, en fallo del 1o. de junio de 1990, expresó:

"Encuentra la sala propicio aclarar que *aun en el caso de que se tratara de un domicilio, no siempre se requiere la orden del funcionario de instrucción para penetrar en él.* Recuérdese en primer lugar que es la misma Constitución Nacional la que dispone que *en los casos de flagrancia se puede entrar para aprehender al infractor. Por eso, si en un lugar no abierto al público se está cometiendo un delito, o si se tiene indicios serios para suponer que ello está ocurriendo, la autoridad puede allanarlo sin la orden correspondiente.* En este último caso, siempre que las circunstancias de urgencias o de distancia con el despacho judicial más próximo así lo justifique..." (subrayo).

"Luego no es cierto, como lo consideró el tribunal, que los señores DAVID Y LEONARDO DOMINGUEZ CASTRO, fueron detenidos arbitrariamente.

"Y si, como lo anota el Tribunal, los ya citados quedaron definitivamente en libertad, al demostrar su inocencia ante los cargos imputados, fue el corolario de ardua investigación por parte de los señores jueces instructores los que, de igual modo no ordenaron la libertad inmediata de los hoy actores, una vez puestos a su disposición, ya que tampoco contaban, en ese momento, con los elementos de juicio requeridos para ello, ordenando la encarcelación de DAVID y LEONARDO DOMINGUEZ CASTRO al considerar que respecto de ellos la captura había sido LEGAL.

"Y es tan cierto este último que el señor Juez instructor con respecto a los retenidos, LUIS ENRIQUE DULCEY ARCINIEGAS y LUIS MARIA DULCEY BARRAGAN si ordenó su libertad inmediata, al considerar que éstos sí habían sido detenidos sin el lleno de los requisitos contemplados en la ley, como consta en auto visible a folio 40.

"Ahora bien, en cuanto a las consideraciones hechas por el señor Juez Segundo Especializado, en auto de fecha 16 de septiembre de 1.988 (fls. 112 a 122), sobre la ilegalidad del procedimiento realizado por la Policía Judicial, debe concluirse que las mismas se referían a TODO el procedimiento, el que pecó por exceso en cuanto a la detención de LUIS MARIA DULCEY BARRAGAN y LUIS ENRIQUE DULCEY ARCINIEGAS junto con los vehículos de su propiedad, circunstancia que no compete con lo que hoy se discute ya que ellos no son parte de este proceso.

"Finalmente, y en cuanto al Daño alegado por los actores, este NO demostró, como lo anotó la fiscalía y en parte lo aceptó el Tribunal, por lo que no ha debido condenarse a su reparación.

"Sin embargo, el Tribunal resuelve condenar, a la entidad que represento, a pagar a cada uno de los actores la suma equivalente a 600 gramos oro argumentando a folio 287 que "el hecho de la privación de la libertad injustamente, amerita el perjuicio".

"Tesis no aceptada por la jurisprudencia ni la doctrina contencioso administrativa, carente de asidero jurídico y consecuencia de una premisa falsa pues, como se demostró, la captura fue legal.

"Nótese, que si en gracia de discusión aceptamos que la detención fue injusta, concluimos que *se equivoca el Tribunal cuando con base en esta Tesis resuelve condenar a pagar a GLADYS NUBIA JAIMES DELGADO la suma de 600 gramos oro* por perjuicios morales *ya que ella nunca fue privada de su libertad* por los miembros de la Policía Judicial, ni por otra autoridad, respecto de la cual *únicamente se le notificó orden de comparendo*, sin que fuera detenida como consta, entre otros a folio 2, 32 y 280 del expediente". (folios 304-308 C.1).

- III -

CONSIDERACIONES DE LA SALA

A) La sentencia proferida por el *a-quo* será confirmada, pues en ella se hace una seria y justa valoración de todas las circunstancias particulares del caso, por lo que se impone concluir que en todo su universo, se ajusta a la ley y al derecho.

En el caso *sub-exámine* se vivencia la falla del servicio. Para llegar a esta conclusión basta recordar que en las diligencias de allanamiento que llevó a cabo la Policía no se encontró ni un solo gramo de droga estupefaciente (cocaína) o de base para la misma (bazuco o derivados), ni una sola hoja de la planta de la cual se extrae el clorhidrato estupefaciente, como muy bien lo registró el Juzgado Segundo Especializado en su providencia del dieciséis (16) de septiembre del mil novecientos ochenta y ocho (1988), a través de la cual ordenó LA LIBERTAD INMEDIATA de los indagados DAVID y LEONARDO DOMINGUEZ CASTRO (C.1, fol 124). De este proveído, el *ad-quem* retiene los siguientes apartes, pues resultan ilustrativos para la mejor comprensión del presente conflicto de intereses. En ellos se lee:

"1o. En el desarrollo de los tres allanamientos practicados (sic) por la Policía fueron incautados diversos elementos componentes de un modesto laboratorio de química de propiedad del ingeniero David Domínguez

Castro, además de varias sustancias químicas de las cuales, las reguladas por la Ley 30 de 1.986, (ácidos sulfúrico y clorhídrico), contaban con la licencia respectiva.

"2o. La Policía no halló ni un solo gramo de droga estupefaciente (cocaína) o de base para la misma (bazuco o derivados), ni una sola hoja de la planta de la cual se extrae el clorhidrato estupefaciente, en los lugares en que ejerce sus actividades el sindicado DAVID DOMINGUEZ.

"3o. La evidencia del hallazgo del laboratorio, sus competentes, la ausencia de aparatos y utensilios indispensables para el procesamiento de la droga, unidos a los testimonios de comerciantes en oro que saben a ciencia cierta de la ocupación profesional del ingeniero acusado, otorgan sumo crédito a las explicaciones rendidas por David en su injurada, en el sentido de que en su laboratorio se dedicaba a la purificación de metales preciosos y nada mas que a eso.

"4o. La licencia otorgada por el Consejo Nacional de Estupefacientes, desnaturaliza en forma absoluta el liviano y atrevido cargo de la policía, consistente en la supuesta tenencia ilícita de los ácidos y productos ya reseñados.

"5o. La ilegalidad de la captura de los implicados, amén de la arbitraria retención de los vehículos, de los cuales no cabe predicar en modo alguno que estuvieran siendo utilizados como medio de transporte dentro de la fantástica empresa de producción de narcóticos, imponen su entrega inmediata e incondicional a sus propietarios, como quiera que no se dan los presupuestos que la Ley 30 de 1.986, señala en su artículo 47, incisos 2o. y 3o.

"Sobre el alcance de los incisos señalados este Despacho quiere dejar sentado con claridad, que la consulta de la providencia que ordena la devolución de los bienes a terceros, solo es de riguroso cumplimiento, cuando dentro del proceso aparezca prueba seria que revele que efectivamente esos bienes estuvieron destinados ilícitamente en alguna medida a los fines propios de la empresa criminal.

"Así pues que como el Despacho ha reconocido que David Domínguez Castro no se dedicaba al procesamiento de drogas estupefacientes, surge como corolario indubitable que sus vehículos, así como los ya entregados, jamás fueron ocupados en esa labor ilícita que sugiere tan solo como fantasioso producto del (sic) de los arbitrarios policiales.

"Lo mismo cabe predicar de todos los elementos de laboratorio y sustancias químicas que le fueron decomisados a David Domínguez

Castro, los cuales le habrán de ser devueltos junto con el televisor, ventilador, mineral aurífero y demás utensilios extraídos de sus habitaciones.

"En concordancia con todo lo expuesto y con fundamento en que no es posible decretar medida de aseguramiento en contra de los indagados, el Despacho procederá a ordenar su libertad inmediata con el solo compromiso de que suscriban diligencia en la que se obliguen a presentarse a este juzgado, cada vez que el mismo se lo solicite, tal como lo ordena el artículo 413 inciso 1o.

"Quiere el Despacho hacer propicia esta oportunidad, para afirmar que procedimiento policivo como el que diera lugar a esta investigación, además de que se desvían peligrosamente de los altos fines de la institución que los practica, constituyen métodos asaz reprochables en cuanto y por cuanto desconocen las mas elementales garantías que un Estado de derecho reconoce a sus asociados y someten a la administración de Justicia a un injustificado desgaste que sólo conduce a la censura pública y a la desconfianza de un pueblo, que hoy por hoy, clama como nunca por una "pronta, recta y cumplida Justicia".

"Los desmanes de la Policía detectados en este evento, deben ser investigados en sede penal por los organismos competentes.

Al efecto, se compulsarán las copias de rigor. Estima el Juzgado que con las determinaciones que se habrán de tomar en la parte resolutiva de esta providencia, se da cumplimiento por lo menos, parcialmente, al principio basilar del Derecho procesal que obliga al Juzgador a restablecer el Derecho Conculcado." (folios 122-124, C.1).-

A la realidad que se deja expuesta debe agregarse el hecho de que el mismo despacho, en providencia de veintinueve (29) de Octubre de mil novecientos ochenta y dos (1.982), ordenó la CESACION DE TODO PROCEDIMIENTO en el sumario en que estaban vinculados DAVID y LEONARDO DOMINGUEZ CASTRO y GLADYS NUBIA JAIMES DELGADO (C 1, fol 161). De los considerandos de este proveído el *ad-quem* retiene el siguiente aparte por resultar ilustrativo de la actuación injusta de que fueron víctimas los demandantes. En él se destaca:

"De manera que, la decisión que en esta etapa procesal se impone no puede ser otra que la orden de cesar todo procedimiento *en favor de los injustamente acusados* por la Policía Judicial, habida cuenta que la jurisdicción penal no puede prolongar en el tiempo la vida de *una acción penal que tuvo su origen exclusivamente en un acto asaz arbitrario de uno de los organismos secretos del estado*" (C 1, fol 158).

Para la Sala resulta inusitado que la administración, que había dado licencia de funcionamiento para la OFICINA DE SERVICIOS QUIMICOS, y que a través de la Superintendencia de Control de Cambios había ordenado la inscripción de DAVID DOMINGUEZ CASTRO, como comerciante en ORO DE MINAS, hubiese dejado de lado esas circunstancias y hubiese procedido a "tientas y a locas" a ordenar la práctica de la diligencia de registro del inmueble situado en la calle 37 Nro. 3A-10 del Barrio la Joya, como se lee en la providencia que obra a folios 4 y siguientes del Cuaderno Nro. 1. Pero lo que más perturba son los relatos que hacen los inculpados en sus indagatorias respecto de la forma como fueron tratados por la fuerza pública. Don David Domínguez, sobre el particular dijo:

> "...fui tratado vulgarmente por uno de los Agentes esposado y torturado en una de las habitaciones de la casa, sitio en donde ya mi hermano Leonardo ya había pagado su cuota de tortura, sin importarles las súplicas que él hacía, ya que es enfermo del corazón. Las torturas consistió en esposarnos, apretar los grillos, o las esposas, vendarlo, golpearnos con puños y una vez acostado sentándosele encima y agregándole agua simultáneamente por la boca y nariz, a mi se me apretó las esposas hasta que las manos se me pusieron moradas, luego les supliqué que me soltaran o sino que me prestaran un arma para yo mismo eliminarme y darles gusto en sarcásticas torturas. Luego de ser aprehendidos y tenidos en la calle 41 armados, armaron su festín que con vocabulario soez, festejaban como si estuvieran compartiendo de una enorme fiesta, en donde los mejores invitados fueron las cámaras y los periodistas, fui obligado a posar ante los fotógrafos y camarógrafos sin ser autorizado por mi abogado, alegando que no tenía derecho a ello..". (Fl. 49, 49vto. C1).

También el Señor LEONARDO DOMINGUEZ CASTRO, en su injurada, destaca:

> "... me esposaron y me llevaron donde mi hermano tenía el laboratorio y allí me torturaron me esposaron las manos, me amarraron de pies, me vendaron los ojos y me taparon la boca con una toalla y me echaron agua por la nariz y boca, yo les dije que yo sufría del corazón y me contestaron muérase hijueputa pero aquí va a cantar, yo no sé nada de los negocios de mi hermano, simplemente sé que él es Ingeniero Químico y cuando me vieron casi muerto fueron y me trajeron la Medicina a la casa, yo que iba a hablar si no se nada de los negocios de mi hermano, lo único que sabía era que él viajaba a San Martín de Loba y a Vetas, a hacer asesorías técnicas a los Mineros de allá..." (fl.57 C.1).

Dentro del universo que se deja detallado no hay espacio para la duda que impida concluir que la falla del servicio se dió. La administración es una y debe actuar en forma coordinada. Por ello no puede, de un lado, autorizar

el funcionamiento de una OFICINA DE SERVICIOS QUIMICOS, y, por el otro, disponer que se haga un REGISTRO del inmueble donde ella funciona, con apoyo en simples comentarios o rumores no verificados previamente.

Por lo demás, la actuación de la autoridad, que ha debido desarrollarse en forma pacífica, tuvo brotes de violencia contra personas, injustificada desde todo punto de vista. Aún en el evento de que se hubiese descubierto el laboratorio para el procesamiento de estupefacientes, no es de recibo que se tratara en forma vulgar a las personas, ni que se las torturara dentro del marco descrito por le Dr. David Domínguez Castro en su indagatoria, que merece crédito por la forma tan convincente como se expresa.

La fuerza policiva debe ser especialmente cuidadosa, en casos como el presente, para no incurrir en conductas antijurídicas. Los medios que merecen todo crédito, como se lee en la orden que dispuso la práctica del registro del inmueble, deben verificarse en la mejor forma posible. El Dr. Hugo Isaza Mejía al hacer un estudio del rumor en materia penal, invita a reflexionar con seriedad sobre la materia. En lo pertinente del mismo, enseña:

> "Se dice", "se cuenta", "la gente comenta", son todas ellas expresiones vagas, sin valor positivo en el campo de la investigación penal. "La gente", "el pueblo" son entes abstractos, indeterminados, que no pueden servir de sujeto responsable de una referencia incriminatoria. Porque esas voces designan confusamente a todos los hombres de un ámbito social, y a ninguno en particular. Son voces genéricas, universales que no individualizan a personas determinadas como fuente de unas afirmaciones.
>
> "Del montón anónimo que es "la gente" o "el pueblo", nacen rumores y decires cuyo origen es casi siempre oscuro. El rumor, ha dicho Gordon Allport, en su obra La Psicología del rumor, es un fenómeno social que aparece delatar una sed intelectual, cuando no una necesidad emocional. "El rumor -escribe el mencionado autor- es afín a la divagación ensoñadora que en ocasiones descarga ansiedades y tensiones sociales".
>
> "La impresión que un acontecimiento produce en un medio social; la sensibilidad o la tensión de los ánimos constituye el medio conductor que propaga la onda del rumor. El sentimiento de indagación general que suscita la comisión de ciertos delitos, crea la necesidad de un culpable; pues bien, la ausencia de éste da pábulo a la germinación de los rumores. La psicología popular para colmar este vacío precisa tan solo de un poco de imaginación, de pre-juicio y de maledicencia. Un nombre surge y en alas del rumor emprende su vuelo, tanto mas veloz cuanto mayor sea el clima de expectación y ansiedad que le sirve de medio conductor.

"Cada persona, en la cadena del rumor, es a la vez sujeto receptor y emisor del mensaje que contiene. Más, se ignora el primer eslabón o sujeto emisor original responsable de dicho contenido. Y al pretender hallarlo, las pesquisas se desvanecen en un remolino de círculos viciosos.

"La vaguedad de este origen cristaliza casi siempre en la expresión "SE DICE", que precede al mensaje como rótulo de su anonimia. El "se dice", afirmaba Oscar Nilce, "es una comadre embustera". Tal anteportada del relato no es otra cosa que la máscara que encubre al ente que habla y acusa. Y es precisamente por esta naturaleza impersonal del rumor o el decir popular, por su origen difuso, incierto y oscuro, que la sana crítica lo priva de todo valor como probanza incriminatoria.

"En el vaporoso mundo de los rumores lo hallamos todo: desde los menudos cuentos en torno a discordias señoreras y querellas de comadrería, sucesos insólitos extractados de esa amena crónica parroquial que deliciosamente susurra en nuestros oídos, hasta la ráfaga saetera que hiere de muerte una reputación ajena o compromete gravemente a alguien. El impacto de un delito en el medio social desata, por lo regular, toda una epidemia de rumores. Y hay quien prescribe, como medida profiláctica, una vacunación de los organismos judiciales para preservarlos de este virus asolador".

La filosofía que se deja expuesta y la valoración probatoria de las distintas circunstancias del caso, ameritan pues, la confirmación del fallo.

B) La Sala patrocina la condena que por perjuicios morales hizo el *a-quo* en favor de DAVID DOMÍNGUEZ CASTRO, LEONARDO DOMINGUEZ CASTRO y GLADYS JAIMES DELGADO, por seiscientos gramos de oro fino (600) para cada uno, por estar acorde con la lógica de lo razonable.

En el sub-lite se demostró el despliegue que la prensa local le dio al asunto. El relato que se recoge en el diario Vanguardia Liberal del 9 de septiembre de 1988 muestra bien el temperamento del escándalo público, que, indiscutiblemente produjo dolor moral en los demandantes. "*DEMOLEDOR GOLPE EN EL CORAZON DE LA MAFIA*" Título con el cual se registró la noticia, seguido de declaraciones de la Policía en que se afirma que: "En realidad este es el primer gran golpe a nivel urbano, porque en la zona rural del Magdalena Medio hemos descubierto los sitios de cultivo y empaque de estupefacientes", necesariamente debieron producir desasosiego y sufrimiento en las citadas personas, cuyos nombres recogió la información periodística a través de la siguiente literatura:

"Están seriamente involucradas en el ilícito las siguientes personas: Leonardo Domínguez (ingeniero químico, señalado como el jefe de la banda); David Domínguez Castro (encargado de las finanzas) y Gladys Delgado".

Si la autoridad policiva hubiese actuado con prudencia, no habría hecho declaraciones para la prensa dentro del marco que se deja transcrito. Ella ha debido esperar el informe que posteriormente rindió la Universidad Industrial de Santander, el día 15 de Septiembre de 1.988)C.1., fol 111) de cuya lectura se desprende que las 23 muestras analizadas dieron como resultado ACIDO CLORHIDRICO. Si así hubiese procedido, le habría evitado a los demandantes todos los perjuicios que a la postre se les causaron en el campo de la reputación moral.

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

FALLA:

1o) CONFIRMASE la sentencia calendada el día tres (3) de septiembre de mil novecientos noventa y uno (1.991), proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, dentro del proceso del rubro, por las razones dadas en los considerandos de este proveído;

2o) Expídese las copias del fallo, con destino a los interesados , dejando constancia expresa respecto de la que preste mérito ejecutivo.

3o) Ejecutoriado este fallo, devuélvase el expediente al tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE.

Daniel Suárez Hernández, Presidente de la Sala; *Carlos Betancur Jaramillo, Juan de Dios Montes Hernández, Julio César Uribe Acosta.*

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

FALLA DEL SERVICIO DE ACUEDUCTO

La causa inmediata de los daños estructurales en el inmueble de la actora se produjeron como consecuencia de la falla en el servicio de acueducto, por cuanto el derrame de agua a la presión de 200 libras/ pulgada cuadrada, desequilibró la cimentación, bases y suelo de la casa generando su progresivo deterioro que la hizo inhabitable.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera

Santafé de Bogotá, D.C., agosto veintisiete (27) de mil novecientos noventa y dos (1992)

Consejero Ponente : Doctor *Daniel Suárez Hernández*

Referencia: Expediente N°. 7315 Actor : Consuelo Rojas Vargas

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia del 24 de octubre de 1991, proferida por la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en la cual se dispuso:

"PRIMERO: Declárase no probada la excepción de caducidad de la acción.

"SEGUNDO: Declárase no probada la objeción al dictamen pericial propuesto por la parte demandante.

"TERCERO: Deniéganse las pretensiones de la demanda.

"CUARTO: Condénase en costas a la parte actora. Por la Secretaría tásense".

I. ANTECEDENTES

1o. *La demanda.*

En escrito presentado el 13 de julio de 1985 ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Consuelo Rojas Vargas en ejercicio de la acción de reparación directa formuló demanda contra la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, para que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

"PRIMERA: Declárase responsable civilmente a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, D.E., por los daños y perjuicios ocasionados a la señorita Consuelo Rojas Vargas, por los daños causados a la casa de la Transversal 40-C No. 115-19 de Bogotá.

"SEGUNDA: Como consecuencia de la anterior declaración, reconózcanse, ordénanse y páguense, a favor de Consuelo Rojas Vargas, la suma de un millón cien mil pesos (1'100.000) por lucro cesante, a la fecha de la demanda, o la mayor cantidad de dinero que se probare dentro del juicio.

"TERCERA: Como consecuencia de la primera declaración. reconózcanse, ordénense y páguense, a favor de la mandante Consuelo Rojas Vargas, la suma de tres millones cuatrocientos mil pesos (3'400.000) moneda legal, por concepto de reparación por daño emergente respecto a la casa de la transversal 40-C No. 115.19 de la ciudad de Bogotá, de propiedad de la citada, o la mayor cantidad de dinero que se probare dentro del juicio.

"CUARTA: Ordénase, como consecuencia de las anteriores declaraciones y condenas, que se reconozca, decrete y pague a favor de Consuelo Rojas Vargas, las sumas correspondientes a los reajustes monetarios procedentes a las anteriores partidas, por concepto de devaluación monetaria.

"QUINTA O PRIMERA SUBSIDIARIA: En el evento de que las pretensiones segunda, tercera y cuarta anteriores no resultaran determinadas, total o parcialmente, dentro del juicio, decrétanse las condenas en abstracto, para que los perjuicios correspondientes sean tasados mediante incidente de regulación efectuado con arreglo a lo dispuesto por los artículos 307 y 308 del C. de P.C.

"SEXTA: Condénase a la demandada a pagar a la demandante, la suma equivalente en moneda legal , a un mil (1.000) gramos de oro por los perjuicios morales sufridos con motivo de los daños ocasionados a la casa de su propiedad, que le han ocasionado no solo perjuicios materiales en las cuantías pre-

indicadas, sino también perjuicios morales, dada la incertidumbre permanente e injusta en que se le ha colocado, sin recibir sumas mensuales a su favor por concepto de arrendamientos, con las cuales atendía compromisos comerciales y civiles legítimos, que al no poder ser satisfechos oportunamente, le han determinado a la citada demandante sobresalto grave y continuado por largo tiempo".

2o. *Los hechos*

Los relaciona la actora detalladamente a los folios 3 a 6 del cuaderno principal. De los mismos el Fiscal del Tribunal hizo la siguiente síntesis:

"1.- Que Consuelo Rojas Vargas, es propietaria del inmueble situado en la Transversal 40 C No. 115-19, por compra que del mismo hizo al señor GABRIEL PUERTA LONDOÑO, según Escritura Pública No. 9540 corrida ante la Notaría Sexta del Circuito de Bogotá, el 22 de Diciembre de 1972, inmueble cuyas especificaciones y linderos aparecen descritos en el mencionado hecho primero de la demanda, y registrada en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá con el No. 050-0089793.

"2.- Que la demandante adquirió el inmueble en calidad de vivienda nueva, construida con financiación del Banco Central Hipotecario, con todos los servicios públicos y dentro de notables buenas especificaciones de construcción.

"3.- La propietaria arrendó sucesivamente el inmueble, siendo sus últimas arrendatarias María Helena Rodríguez y Martha Elena Rodríguez de Turbay, de quienes derivó la renta periódica correspondiente.

"4.- La casa construida unos doce años antes de la época de la presentación de la demanda, ha sufrido graves daños debido a asentamientos y deformaciones de su cimentación, ocurridas a partir del mes de abril de 1983, determinadas por causa directa de la Falla del Servicio de Acueducto a cargo de la empresa demandada, por cuanto "el suelo de fundación ha sufrido un asentamiento severo debido a una inyección transitoria de agua a presión procedente de una tubería de agua potable, lo cual se demostró claramente en el estudio de suelos y se evidenció con la excavación ya existente en el frente de la casa... que nos permitió ver la rotura y reparación de la pared de acueducto... pudimos apreciar así mismo un escape de agua ocasionado por el deterioro de la "Silla" de la acometida, que se remedió inmediatamente".

"5.- El inmueble se volvió inhabitable, y sus arrendatarios la desocuparon en junio de 1984, fecha desde la cual ha quedado completamente inutilizada, amenazando ruina, tal como se encontraba al momento de la presentación de la demanda, según el demandante, y de acuerdo a los daños descritos en el hecho quinto de su libelo.

"6.- Que antes de la época anotada de abril de 1983, la casa estaba en perfectas condiciones en lo relativo a su construcción y cimentación, y otras casas en donde el sector circunvecino se mantiene en perfectas condiciones, por lo que los daños de la residencia aludida, obedecen única y exclusivamente a las filtraciones de agua potable, procedentes de tuberías instaladas en el sector, y de las cuales se han producido grandes escapes de agua avisados oportunamente a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado, la cual no reparó oportunamente, o reparó deficientemente, o empleó en tales instalaciones materiales excesivamente frágiles.

"7.- Que el Juzgado Doce Civil del Circuito el 17 de septiembre de 1984, con intervención de perito y citación de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, practicó Inspección Judicial al lugar de los hechos; diligencia en la que se recepcionaron testimonios de los últimos arrendatarios y amplias, serias y técnicas exposiciones a los peritos, respaldadas con estudio de suelos y en el cual se establece que la causa de los daños producidos y comentados corresponden a los fenómenos que consagran la falla del servicio o culpa por responsabilidad civil extracontractual, por parte de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá D.E.".

3o. *Actuación procesal*

La Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, D.E., por conducto de apoderado dio respuesta a la demanda en escrito visible a folios 32 a 35. propuso como excepciones:

a) La "ausencia de causa", por cuanto en el sector se han presentado otros agrietamientos, técnicamente no es posible que "una simple infiltración momentánea de agua" sea la causa de la destrucción y agrietamiento del inmueble y, además, la causa no pudo ser la mayor cantidad de agua en el subsuelo, sino por el contrario, la falta de agua en el mismo;

b) La caducidad de la acción por cuanto se demandó luego de transcurrido más de tres años de haberse presentado la fuga de agua en la tubería de distribución.

En la correspondiente oportunidad las partes presentaron sus alegaciones de fondo, para reiterar cada una en los planteamientos formulados en la demanda por la actora y en la contestación por la demandada. Aquella insiste en la existencia de una falla del servicio. el daño y la relación de causalidad entre estos, mientras la empresa replantea los argumentos exceptivos de ausencia de causa y sostiene "que no ha existido falla en el servicio público que presta la empresa aquí demandada, y que naturalmente no existe relación de causalidad con los daños que presenta el inmueble de la demandante".

Por su parte, el Fiscal Noveno del Tribunal concluye en su concepto de fondo que las pretensiones de la demanda deben despacharse favorablemente en cuanto respecta a la indemnización por perjuicios materiales.

4o. *La sentencia apelada*

Considera el Tribunal que la excepción de caducidad no estaba llamada a prosperar por cuanto en el presente caso "los hechos constitutivos de la falla del servicio se presentaron a partir de abril de 1982, por lo cual al entrar en vigencia el Decreto No. 01 de 1984 (1o. de marzo del mismo año) faltaban más de dos años para que se produjera la caducidad, la cual quedó entonces gobernada por el nuevo término señalado en este, lo cual indica que ella tendría lugar el 1o. de marzo de 1986 y como la demanda fue presentada con fecha 13 de julio de 1985, lo fue antes de la fecha señalada para la caducidad de la acción". A esta misma conclusión llega el Tribunal si se aplicara el artículo 28 del Decreto 528 de 1964 porque en tal ocurrencia el término habría vencido en el mes de abril de 1986. Con respecto a la excepción de "ausencia de causa", consideró el *a-quo* que los hechos aducidos como constitutivos de tal excepción no tienen esa naturaleza.

Sostiene el Tribunal que la falla del servicio está plenamente acreditada a cargo de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, así como el daño material, mas no el perjuicio moral. "Pero no encuentra demostrado el nexo causal entre la falla en la prestación del servicio y el daño, razón para que al no hallarse probado uno de los elementos estructurales de la responsabilidad, que como tales deben concurrir en forma simultánea, deba denegar las súplicas de la demanda".

Consideró el *a-quo* que "si bien no se acreditó en el proceso la irregularidad, imprudencia, imprevisión, ineficiencia o retardo, es decir la culpa imputable a la Administración en la ocurrencia del hecho, ello no era necesario, dado que a la luz del artículo 2356 del C.C. se trata de una actividad de suyo peligrosa que exonera a la víctima del daño de la obligación de probar la culpa en el desarrollo de la misma... el régimen de responsabilidad aplicable al caso en estudio es el de la falla en la prestación del servicio y, por la razón antes expuesta, dicho régimen presenta la modalidad de la falla presunta".

En cuanto a la experticia realizada para establecer las causas del daño material, sostiene el *a-quo* que carece "de todo respaldo y calidad técnicos y conducen en consecuencia a no dar por establecido que la causa del daño se encuentra en la falla en la prestación del servicio de acueducto a cargo de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá y por tanto, a denegar las súplicas de la demanda".

Por último, con respecto a la obligación por error grave formulada al dictamen rendido para valorar el daño emergente, sostuvo el *a-quo* que tal objeción no prosperaba por cuanto "no se solicitó prueba alguna que permita concluir acerca de él, limitándose quien formula la objeción a hacer afirmaciones carentes de todo respaldo probatorio."

5o. *Razones de la apelación*

La parte actora descontenta con la decisión del Tribunal, interpuso contra ella recurso de apelación y para sustentarlo consideró que se había incurrido en error de hecho frente a la apreciación del dictamen pericial al calificarlo de contradictorio y que "carece de todo valor probatorio", y en error de derecho "por cuanto no se tuvo en cuenta la preceptiva que regula dicha prueba pericial".

Anota el recurrente que "en fallo recurrido no se tiene la precisión para definir la clase de responsabilidad administrativa materia de la contención; o mejor todavía, se mezclan conceptos subjetivos con objetos por una falta de entendimiento claro de su alcance jurídico".

Contra la posición del Tribunal, el apelante sostiene "que la causa adecuada, eficiente y suficiente fue y es, como concluye el dictamen pericial al respecto, la filtración e inyección de agua (potable) a presión -200 libras/ pulgada cuadrada- procedente de su fuga por la rotura de la red de acueducto y deterioro de la "silla" de la acometida de aquella "frente a la fachada del inmueble", parte sur transversal 40C, ocurrida a mediados del año de 1983, que causó en el suelo de "fundación" un "asentamiento severo" dejando sin sustentación al cimiento y placa del Subpiso en el área afectada, según se "demostró claramente en el estudio de suelos y se evidenció con la excavación en la perforación ya existente en frente a la casa".

"Por último. la indagación del nexo causal o imputación jurídica, para dilucidar la responsabilidad administrativa objetiva queda también esclarecida, -dice el recurrente- por depender su condicionamiento del defectuoso funcionamiento técnico de las redes del acueducto público que administra y gestiona la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, ya que los daños sobrevinieron por el tiempo (1983) y en la zona donde se produjo la fuga del agua potable".

Al referirse a la apreciación que de la experticia hizo el *a-quo*, critica el criterio valorativo de éste, considerándolo "no ajustado a la sinceridad de la prueba, ni a la buena fe procesal, para rebatir y descartar su eficiencia y valor". Agrega el memorialista que el hecho de encontrarse un tercero colaborador técnico en la pericia, solicitado por los peritos, no permite entender la existencia de dos dictámenes y que entre ellos se presenten contradicciones. Destaca la idoneidad profesional de los peritos, así como su imparcialidad y honestidad.

Concluye su escrito manifestando que "no existe ninguna razón lógica y consecuente para restarle validez y eficacia a la prueba pericial, aún respecto de su apreciación conjunta con el acervo probatorio recaudado procesalmente..." y plantea la revocatoria de la sentencia para que, en su lugar, se despachen favorablemente las súplicas de la demanda.

Posteriormente, en dos escritos de alegación, el recurrente reitera y amplía los fundamentos expresados en la sustentación, para insistir en ambos en un pronunciamiento favorable a los intereses de la parte actora.

El ente demandado presentó el alegato visible a folios 223 a 226, donde con similares planteamientos a los expresados en la contestación de la demanda impetra la confirmación del fallo recurrido.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Estima la Sala que en el caso bajo estudio se encuentran debidamente acreditados los elementos estructurales de la responsabilidad extracontractual del ente demandado, es decir, la falla del servicio de acueducto, los perjuicios inferidos a la actora y la relación de causalidad entre éstos y aquella. Consecuencialmente se debe revocar la sentencia impugnada. A esta conclusión arriba la Sala como resultado del análisis y valoración de los siguientes puntos:

1. Está demostrado que frente a la casa de propiedad de la demandante CONSUELO ROJAS VARGAS, situada en la transversal 40C No. 115-19 de esta ciudad, en los primeros meses de 1983 se presentó un daño causado por la ruptura de una tubería a presión que conducía agua potable para el sector. Este daño, según lo verificaron los peritos, fue reparado por la Empresa de Acueducto y Alcantarillado con una unión tipo TACONDY.

2. Afirmaron los expertos que el suelo de "fundación ha sufrido un asentamiento severo debido a una inyección transitoria de agua a presión' procedente de una tubería de agua potable" lo cual se demostró claramente en el estudio de suelos y se evidenció con la excavación en la perforación ya existente en frente a la casa., F8 que nos permitió ver la rotura y reparación de la red de acueducto. F 21,22. Pudimos apreciar así mismo un escape de agua ocasionado por el deterioro de la "silla", de la acometida, que se remedió inmediatamente". (Fl. 92 C. 2).

3. Igualmente sostienen los peritos que la distribución de redes es correcta "pero debido a la ruptura verificada del tubo de suministro de agua, F 21,22 que atraviesa perpendicularmente la Transversal 40C, frente a la fachada del inmueble, se inyectó agua a presión en el terreno, infiltrándose en él. Al suspenderse esta inyección de agua se produjo un desecamiento con disminución de volumen del terreno, dejando sin sustentación al cimiento y placa del subpiso en el área afectada". (Fl. 93 c. 2).

4. Consideraron los peritos "que el agrietamiento no se debe a 'inestabilidad del terreno' dado que éste es resistente, homogéneo, con una capacidad portante de 8 Ton/m^2".

5. Con relación al árbol que existe frente a la casa, sostienen los expertos que no ha tenido incidencia en la estabilidad de la estructura porque: El estudio de suelos "no mostró presencia de raíces en el área de la construcción"; en los apiques de 1.50 mts. de profundidad 'no se encontraron raíces'; el área que circunda el árbol se halla nivelada, sin las depresiones y levantamientos del terreno que se presentarían "indefectiblemente más pronunciadas cerca del árbol" y, por último, porque los cambios en el terreno ocasionados por los árboles 'son un proceso relativamente lento, continuo, creciente, "mientras que la falla de esta estructura fue súbita y ha venido decreciendo" (Fl. 95 C. 2).

6. Al aclarar su dictamen, los expertos concretaron en el siguiente texto su dictamen: "Los estudios documentados que adelantamos y exhibimos en nuestro dictamen, nos permitieron concluir que en la casa motivo de esta diligencia, la demostrada rotura del tubo, fue la causa cierta de los daños que han afectado el inmueble". (Fl. 116 c. 2).

7. Ahora bien, consideró el a-quo que este dictamen frente a los estudios de suelos sobre los que se fundamentó, carece "de todo respaldo y calidad técnicos y conduce en consecuencia a no dar por establecido que la causa del daño se encuentra en la falla en la prestación del servicio de acueducto a cargo de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá y por tanto, a denegar las súplicas de la demanda".

Para la Sala resulta errada la apreciación anterior, por cuanto, si bien los estudios de suelos efectuados a solicitud de los peritos sirven como orientación para la elaboración de la experticia, ésta no integra por sí sola el dictamen pericial, sino que el mismo está constituido por los conocimientos inherentes a la profesión de los expertos, las averiguaciones, comprobaciones y consultas ajenas al estudio de suelos, el análisis cronológico del daño y sus posibles causas, estado de las construcciones en el sector, distribución de las redes y su estado de conservación, daños acaecidos en los últimos años, relación de consumos, etc., factores éstos que les permitieron a los peritos arribar a la conclusión de que la causa de los daños en el inmueble de la actora fue consecuencia de la ruptura del tubo y la consiguiente inyección y absorción de agua potable con una presión de 200 libras/pulgada cuadrada.

La Sala encuentra aceptables como prueba de la causa de los daños en la residencia de la demandante las conclusiones señaladas por los peritos porque los fundamentos de las mismas son serios, técnicos, estructurados y derivados de diversidad de informaciones. El estudio de suelos, si bien fue técnicamente elaborado, solo sirvió de orientación a los peritos y éstos, en el ejercicio libre

de sus funciones, bien podían acogerlo en su integridad, parcialmente o desestimarlo, según el criterio amplio y general que sobre la materia analizada se habían formado con base en otros datos e informaciones.

De todos modos, a pesar de que los integrantes de la Sala somos profanos en las cuestiones técnicas aquí debatidas, no deja de llamar la atención, por elemental inferencia, que la única casa del sector afectada fuera precisamente aquella frente a la cual se produjo la inyección y absorción de agua originada en el desperfecto de la tubería conductora y que precisamente el responsable del estudio de suelos, declarara que " Las posibles causa de los daños presentados en la casa..., fueron la deformación de los cimientos, causada a la vez por la pérdida de apoyo que produjo la infiltración de agua al través de fisuras y a lo largo de los cimientos la infiltración del agua" (F. 6 C. 3).

7. Las anteriores apreciaciones permiten a la Sala concluir que la causa inmediata de los daños estructurales en el inmueble de la actora se produjeron como consecuencia de la falla en el servicio de acueducto, por cuanto el derrame de agua a la presión de 200 libras/pulgada cuadrada, desequilibró la cimentación, bases y suelo de la casa generando su progresivo deterioro que la hizo inhabitable.

8. Los perjuicios para la propietaria del inmueble son ostensibles: de una parte se generó un lucro cesante al no poderla arrendar y, de otra, el daño emergente que implica la recuperación física del inmueble.

Resultan entonces demostrados los elementos fundamentales de la responsabilidad extracontractual de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, a saber: la falla ya establecida en el servicio de acueducto frente a la casa de la demandante, el daño causado al inmueble así como los perjuicios que se derivaron para la actora, y, por último, el bien establecido nexo causal entre la falla advertida y el daño ocasionado. De lo anterior se desprende la obligación de la empresa demandada de pagar los perjuicios ocasionados.

9. A los folios 72 a 83 del cuaderno principal, obra el dictamen rendido por los peritos sobre los daños causados al inmueble, el costo de su reparación y el valor del lucro cesante por no poderlo arrendar. Los valores finales señalados por los expertos corresponden a $3.420.000 por concepto de daño emergente y $1.429.120 como lucro cesante, cifras actualizadas a la época de la experticia.

Sobre el anterior dictamen la parte actora solicitó aclaración porque encontró demasiados bajo los montos señalados. No obstante tal aclaración no se llevó a cabo por renuencia de los peritos. Más adelante la parte que había solicitado la aclaración desistió de tal prueba y en su lugar propuso objeción por error grave, basada en que los precios señalados eran de extremo bajos para la fecha. Omitió, sin embargo, la objetante demostrar los fundamentos de la objeción pues no pidió prueba alguna sobre el particular.

Tal experticia, no obstante, fue resultado de un estudio basado en la ubicación del inmueble, la superficie del mismo, su estructura general y materiales de construcción, acabados, instalaciones, servicios, conservación de la misma, oferta y demanda, etc., elementos de juicio que permiten deducir una labor seria por parte de los expertos, cuyo dictamen, por lo demás no fue cuestionado, antecedentes éstos que permiten a la Sala admitir como valores indemnizatorios los señalados por los expertos en el dictamen referido, desde luego, actualizado a la fecha de esta providencia.

Para efectos de actualizar las cifras señaladas, se tomarán en cuenta los índices de precios al consumidor vigentes en el mes de septiembre de 1986, (59.98) y Agosto de 1992 (254.33), según información suministrada públicamente por el DANE.

Se aplica la fórmula $Vp = Vh \frac{\text{Indice Final}}{\text{Indice Inicial}}$;

donde: Vp, es el valor presente; Vh, corresponde al valor histórico o inicial; índice final el vigente a la fecha de la sentencia, e índice inicial el vigente en la fecha del dictamen.

Daño emergente

$$Vp = 3.420.000 \frac{254.33}{59.98} = 14.501.643.87$$

Valor del daño emergente: $ 14.501.643.87

Lucro cesante

$$Vp = 1.429.120 \frac{254.33}{59.98} = 6.059.821.43$$

Valor del lucro cesante: $ 6.059.821.43

Valor total de la indemnización: $ 20.561.465.30

Con relación a los perjuicios morales estima la Sala que no hay lugar a su reconocimiento porque los mismos no fueron acreditados dentro del proceso. Por parte alguna se vislumbra en el expediente la existencia del dolor que deba compensar, pues ni siquiera se insinúa por la actora un valor efectivo especial respecto del inmueble inhabitado. La sola manifestación que se hace sobre la repercusión moral que el daño de su casa pudo ocasionarle no es suficiente para hacerla resarcible.

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

FALLA:

PRIMERO. Revócase la sentencia apelada, esto es, la de 24 de Octubre de 1991, dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera.

SEGUNDO. Declárase administrativamente responsable a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, por los perjuicios ocasionados a CONSUELO ROJAS VARGAS por los daños causados a la casa de su propiedad ubicada en la Transversal 40C No. 115-19 de Santafé de Bogotá, D.C..

TERCERO. Como consecuencia de la anterior declaración condénase a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá a pagar a CONSUELO ROJAS VARGAS la suma de Veinte millones quinientos sesenta y un mil cuatrocientos sesenta y cinco pesos con 30/100 ($20'561.465.30) moneda legal, como indemnización por los perjuicios materiales causados.

CUARTO. Deniéganse las demás peticiones.

QUINTO. Dese cumplimiento a lo previsto en los artículos 176 y 177 del C.C.A., para lo cual se expedirán copias de esta providencia, con constancia de su ejecutoria y con destino a las partes, haciendo las previsiones del artículo 115 del C. de P.C.

COPIESE, NOTIFIQUESE, CUMPLASE Y DEVUELVASE.

Esta providencia fue estudiada por la Sala en la sesión de fecha, veintisiete (27) de agosto de mil novecientos noventa y dos. (1992).

Daniel Suárez Hernández, Presidente de la Sala; *Carlos Betancur Jaramillo, Juan de Dios Montes Hernández, Julio César Uribe Acosta.*

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

CONSEJO DE ESTADO/ COMPETENCIA FUNCIONAL/ CONTRATO ADMINISTRATIVO/ NULIDAD ABSOLUTA

Desde el momento mismo en que se expidió la Ley 58 de 1982 se vivencia que era voluntad del legislador descongestionar, dentro de lo posible, la tarea del Consejo de Estado, para lo cual se buscó que conociera en única instancia de sólo algunos conflictos de intereses que, por su universo jurídico, se justificaban. Se entiende derogada por el Decreto 2304 de 1989, la norma que disponía que de las nulidades absolutas contractuales del orden nacional conociera el Consejo de Estado.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera

Santafé de Bogotá, D.C., Agosto veintisiete (27) de mil novecientos noventa y dos (1992)

Consejero Ponente : *Doctor Julio César Uribe Acosta*

Referencia: Expediente N°. 7489. Actor : INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES

- I -

Procede la Sala a desatar el recurso de SUPLICA ORDINARIA, interpuesto por el procurador judicial de la parte actora, contra el auto calendado el día veinticuatro (24) de Julio del presente año, proferido por el Consejero conductor del proceso, en virtud del cual se dispuso remitir el expediente al Tribunal Administrativo de Córdoba, por competencia.

Para la mejor comprensión jurídica de todas las circunstancias legales, generales y particulares del caso, se transcribe a continuación lo pertinente del escrito de impugnación, en el cual se discurre dentro del siguiente universo:

"Básicamente son dos los argumentos expuestos para sustentar la incompetencia del H. Consejo de Estado, que reiteran la decisión adoptada en la Sala Unitaria del 10 de Julio de 1992 con ponencia del Dr. Carlos Betancur Jaramillo.

"a) Que como el decreto 2304 de 1989 derogó expresamente la norma que consagraba el conocimiento de los procesos en los que se pidiera la nulidad absoluta de los contratos administrativos del orden nacional, sería inocua esta derogatoria si el Consejo de Estado continuare conociendo de estos mismos procesos a través de la cláusula general de competencia del ordinal 16 del artículo 128 del C.C.A.

"b) Que no es cierto que estos procesos carezcan de cuantía, pues ella se deduce del valor del contrato o del de las prestaciones mutuas a que haya lugar si prospera la petición de nulidad.

"No compartimos éstos argumentos, y con el debido respeto me permito insistir en que el trámite del proceso debe hacerse ante el H. Consejo de Estado, por las siguientes razones:

"1o.- Desafortunadamente el legislador extraordinario que dictó el decreto 2304 de 1989 dejó sin cláusula particular de competencia a los procesos en los que se solicite exclusivamente la nulidad de los contratos administrativos o con cláusula de caducidad.

"Si su intención era la de consagrar la doble instancia para estos procesos en los que no existen pretensiones económicas, debió expedir una norma en este sentido, pero no derogar la que existía y dejar en un limbo jurídico la tramitación de los procesos que carecen de cuantía en materia contractual.

"La sola derogatoria no hace suponer que la intensión del legislador fue la de darle a estos procesos dos instancias, pues al no prever nada sobre ellos, permite pensar en un error en la cita de la norma que contiene la derogatoria, máxime que entratándose de los demás actos administrativos, las controversias contra éstos que carecen de cuantía siguen la regla tradicional.

"2o.) No es válido sostener que de todas formas estos procesos tienen cuantía y que ella se deduce de las prestaciones mutuas, pues según el artículo 287 inciso 3o. del decreto ley 222 de 1983, la consecuencia jurídica de la nulidad decretada por el Juez es la liquidación del contrato,

por lo cual, al existir norma expresa que regula las consecuencias de la nulidad no puede acudirse al Código Civil para hablar de prestaciones mutuas. Pero aún suponiendo que existieran estas prestaciones mutuas, si no se piden en la demanda el Juez no puede entrar a regularlas pues está fallando extra petita.

"3o.) Tampoco es válido sostener que la cuantía para determinar si es de una o dos instancias depende del valor del contrato, pues puede darse el caso de un contrato de un valor ínfimo, en el cual las condenas que se piden y que determinan la cuantía sean multimillonarias, y al comentario, contratos enormes que den lugar a peticiones mínimas.

"4o.) La cuantía se fija con la presentación de la demanda, y depende de la cuantía de las peticiones y no del valor de las condenas en la sentencia, pues si fuera esto último, la apelación se habría instituido únicamente en favor de la parte demandada, única condenada. La parte actora jamás podría apelar pues cuando pierde un pleito no hay condena. El argumento de auto recurrido rompe con el principio de la igualdad entre las partes y con el de la "perpetuatio jurisditiones".

"5o.) Por último, cabe recordar que el Juez natural de los actos de las Autoridades Nacionales el Consejo de Estado, máxime si se busca la tutela del orden jurídico objetivo. Es tan cierto este hecho, que en estos procesos no se han pedido pruebas diferentes del contrato mismo y sus antecedentes anexos a la demanda, pues no se trata de analizar la ejecución o el cumplimiento de sus obligaciones, sino el de definir la legalidad del consentimiento expresado por la Administración en el proceso contractual.".

- II -

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

El proveído impugnado será confirmado pues la sala no hace suyas las distintas perspectivas jurídicas que maneja el apoderado de la parte actora en el escrito en que sustenta el recurso.

Desde el momento mismo en que se expidió la Ley 58 de 28 de Diciembre de 1.982, se vivencia que era voluntad del legislador descongestionar, dentro de lo posible, la tarea del Consejo de Estado, para lo cual se buscó que conociera en única instancia de sólo algunos conflictos de intereses que, por su universo jurídico, lo justificaban. Fue por ello que en el Art. 11, numeral tercero de la citada ley se revistió al Sr. Presidente de la República de facultades extraordinarias para:

"3. Redistribuir las funciones entre el Consejo de Estado y los Tribunales seccionales y determinar la manera como ellas se ejercen a fin de obtener un

EQUITATIVO REPARTO DE NEGOCIOS y mayor rapidez en el despacho de los mismos.". (Subrayas de la Sala).

Esa misma filosofía es la que explica que en el artículo 266 del Código Contencioso Administrativo se hubiese dispuesto que: "Los procesos de única instancia que cursan actualmente en el Consejo de Estado y que conforme a las disposiciones de este Código correspondan a los tribunales de única instancia, serán enviados a éstos en el estado en que se encuentren, siempre que no se haya dictado auto de citación para sentencia...".

Al leer la ponencia que para primer debate de la ley 58 de 1.992 redactó el Dr. JAIME VIDAL PERDOMO, se aprecia mejor cómo la idea central del legislador fue la de descargar al CONSEJO DE ESTADO. En ella y en lo pertinente, se lee:

"Es indispensable un nuevo reparto de competencias entre el Consejo de Estado y los Tribunales, PARA EVITAR EL RECARGO DEL PRIMERO y del TRIBUNAL DE CUNDINAMARCA..". (Subrayas de la Sala).

Finalmente, también fue intención del legislador, y así se desprende de las ACTAS que se levantaron con motivo de la redacción del C.C.A. administrativo, desconcentrar la administración de justicia. Por vía de ilustración simplemente, se recuerda que cuando en ella se trató sobre la competencia para conocer de los conflictos de intereses por trabajos públicos, el Sr. Ministro de Justicia, dijo:

"... si se deja eso solamente a la consideración del Consejo de Estado en única instancia, *ESTARIAMOS CONTRIBUYENDO A UNA CENTRALIZACION DE LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA*, enorme. Yo me pongo a pensar por ejemplo -agregó- en el caso de la persona que, en Pasto, es víctima de un daño como consecuencia de unos trabajos públicos que adelanta el Municipio de Pasto, entonces, esa persona se ve obligada a venir a Bogotá, al Consejo de Estado, para poder obtener justicia, cuando es un tema que, a mi juicio, puede y debe dársele la oportunidad de que lo ventile ante el Tribunal de lo Contencioso en Pasto.".

En este momento del discurso el fallador se interroga: Si así se pensaba para asuntos que no se presentan con tanta frecuencia como las controversias contractuales, qué predicar entonces para éstas? Indudablemente que donde existe la misma razón debe existir la misma disposición. Esta verdad explica, entonces, que sí se entienda derogada por el Decreto 2304 de 1.989, la norma que disponía de la nulidades absolutas contractuales del orden nacional conociera el Consejo de Estado.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera,

RESUELVE:

CONFIRMASE EL AUTO SUPLICADO.

CONFIRMASE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Carlos Betancur Jaramillo, Juan de Dios Montes Hernández, Julio César Uribe Acosta.

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

NOTA DE RELATORIA: En igual sentido, puede consultarse el Exp. 7493, de la misma fecha, actor y ponente.

CONTRATO DE ARRENDAMIENTO/CONTRATO DE DERECHO PRIVADO DE LA ADMINISTRACION/ JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA/ COMPETENCIA

La administración dio por terminado el contrato de arrendamiento del inmueble. Dicho contrato es indiscutiblemente de derecho privado de la administración y carece de cláusula de caducidad. En principio, las controversias originadas en el mismo son de la justicia ordinaria. No obstante esto, los actos administrativos que la administración expida con base o fundamento en el mismo contrato, son enjuiciables ante esta jurisdicción con sujeción a las reglas generales. En tal hipótesis el juez administrativo no podrá definir sino lo que se relacione directamente con el acto expedido, y no lo que toque con los derechos y obligaciones emanadas del contrato, aspecto que le incumbe, privativamente al juez ordinario. La facultad que consagra el artículo 6o. de la Ley 56 de 1985 y que le permite al arrendador terminar el contrato en caso de que el arrendatario ceda o subarriende sin autorización, no equivale a la consagración de un poder exorbitante de terminación unilateral, sino a la inclusión, en los contratos de arrendamiento, de una causal específica de terminación. Eventos en los cuales podrá el arrendador apoyado en dicha causal demandar judicialmente la terminación del contrato, probando esa específica razón de incumplimiento (la cesión o el subarriendo indebidos).

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera

Santafé de Bogotá, D.C., Agosto veintiocho (28) de mil novecientos noventa y dos (1992)

Consejero Ponente : *Doctor Carlos Betancur Jaramillo*

Referencia: Expediente N°. 7280 Actor : Pedro Alvaro Cantor Gutiérrez.

Procede la sala a decidir el recurso de apelación interpuesto contra el auto de abril 25 de 1.991, mediante el cual se suspendió provisionalmente, en cuanto a sus efectos, la resolución # 642 de 8 de octubre de 1.990.

En el proveído recurrido, arguyó el a-quo:

"Previo a su estudio, la Sala anota que, las normas que se citan transgredidas para efecto de la suspensión provisional jamás pueden ser otras distintas de las citadas como fundamento de derecho en la demanda, que son las que limitan el CONTROL DE LEGALIDAD. De manera que siendo ello así, los cargos de suspensión estructurados sobre los artículos 28 del Decreto ley 01 de 1984, 1602 del Código Civil y 62 y 64 del Decreto Ley 222 de 1983, no podrían estudiarse. Efectivamente ese articulado no se señaló como conculcado en el texto de la demanda (véase folios 3, 4 y 5)."

"Dos cargos han sido formulados para ante el acto acusado.

"*Primer Cargo*: Violación de los artículos 3, 14, 34, 35, 47 y 74 del Decreto Ley 01 de 1984. La solicitud de suspensión provisional en este caso, se hace consistir en la ausencia de actuación administrativa en la expedición del acto, pues no hubo citación del demandante, ni se dieron por tanto las etapas para presentar planteamientos, solicitud de pruebas y contradicción de las mismas. Arguye el demandante que el acto no señaló tampoco, los recursos procedentes."

"*Segundo cargo*: Violación de los artículos 16, 17, 61 y 156 del Decreto ley 222 de 1983.

"Se edifica el cargo, sobre el derecho, de que siendo el contrato privado, como lo asevera la propia administración en el acto que se impugna, no podía ésta, terminarlo unilateralmente; dice el demandante, que la

administración se apropió para sí de facultades que no tenía por expreso mandato legal, abusó de su poder y aplicó principios que no eran procedentes...". Agrega además, que el juez de conocimiento sobre controversias en los contratos de derecho privado y sin cláusula de caducidad es el ORDINARIO y "... no la administración contratante."

"Como la Sala observa de súbito, que la medida cautelar pedida tiene prosperidad evidente frente al segundo cargo, pasa a su estudio.

"Se presenta sin duda, VIOLACION OSTENSIBLE Y DIRECTA, entre el acto administrativo acusado y ordenamiento jurídico de orden superior aducido (artículos 16 y 17 Decreto Ley 222 de 1.983).

"I: El Estatuto Contractual, señala la nominación de los contratos de la administración ya administrativos, ya privados, estos últimos, como los demás no contemplados como administrativos, "... a menos que la ley disponga en sentido contrario " (artículo 16)."

"II: Prevée asimismo el Decreto Ley 222 de 1.983, que los litigios que se susciten con ocasión de los contratos de derecho privado, serán de conocimiento de la JUSTICIA ORDINARIA, salvo cuando aquellos incluyan la CLAUSULA DE CADUCIDAD, de donde los litigios derivados de ellos, conocerá la justicia contencioso administrativa. (Artículo 17)."

"De la confrontación directa entre las normas anteriores y el acto acusado, se percibe de bulto la conculcación."

"En efecto:

"I: El mismo acto impugnado, señala que, el contrato que termina, contrato de arrendamiento, "...TIENE EL CARACTER DE CONTRATO DE DERECHO PRIVADO DE LA ADMINISTRACION" (véase a folio 11 del expediente, numeral 5o. de la parte motiva de la resolución número 642 de 1.990, expedida por el IDU). Si la administración no hubiere afirmado dicha calidad del contrato, aseveración que tiene presunción de veracidad, también se daría la violación INDIRECTA, por confrontación con el contrato ya que es privado y NO CONTIENE CLAUSULA DE CADUCIDAD."

"II. Claramente dice la ley que los litigios "... QUE SE SUSCITEN CON OCASION DE LOS CONTRATOS DE DERECHO PRIVADO SERAN DE CONOCIMIENTO DE LA JUSTICIA ORDINARIO." Además, como lo dice el demandante, el contrato por ser privado, y no contener CLAUSULA DE CADUCIDAD, no le otorga a la administración potestades unilaterales."

"Así entonces, es protuberante la violación del acto demandado frente a los artículos 16 y 17 del Decreto Ley 222 de 1983, y por tanto, habrán de suspenderse provisionalemente sus efectos."

El Instituto de Desarrollo Urbano I D U interpuso apelación; sustentó así su recurso:

"1.- Evidentemente como lo señala el proveído impugnado el contrato de arrendamiento suscrito con el señor Pedro Luis Cantor Garzón como arrendatario y Pedro Alvaro Cantor como fiador, en un contrato de derecho privado y no contiene cláusula de caducidad, pero es que la Entidad que representó no dio por terminado el citado contrato amparado en la presunción de que era un contrato administrativo sino en la disposición expresa que sobre arrendamientos y contratos de derecho privado contempla la ley 56 de 1985."

"Prescribe el art. 6o. de la citada ley: "subarriendo y cesión.- El arrendatario no tiene la facultad de ceder el arriendo ni de subarrendar, a menos que medie autorización expresa del arrendador.- En caso de contravención, el arrendador podrá *dar por terminado el contrato y exigir la entrega* del inmueble a celebrar un nuevo contrato con los usuarios reales".- (El subrayo es mío).

"2.- Para el caso *sub-exámine*, la administración obtuvo las pruebas que menciona la Resolución cuya nulidad se solicita por el demandante, en virtud de las cuales aparecía claramente que el señor Cantor había subarrendado el inmueble sin consentimiento de parte de la Entidad; ante tales hechos que encuadran perfectamente en la normatividad reseñada, la administración produjo entonces la Resolución mencionada dando por terminado el contrato porque la ley 56 de 1985 Art. 6o. así la facultada al tratarse precisamente de un contrato de derecho privado regulado por tal normatividad."

"3.- Igual que un particular, la Entidad se vio autorizada por la disposición legal para tomar la determinación objeto del proceso, así como también hubiera podido escoger la segunda opción que prescribe el citado Art. 6o. de la Ley 56 es decir el celebrar un nuevo contrato con los usuarios reales."

"4.- La resolución cuya suspensión estoy apelando está fundamentada como ha quedado demostrado en una base legal de suerte que consideramos no puede atribuírsele un cargo de ilegalidad y menos aún de conculcación ostensible del estatuto de contratación administrativa (Decreto Ley 222 de 1983), ya que la determinación se adoptó con pleno convencimiento de que se trataba de un contrato de derecho privado de la administración y fue precisamente a las normas que regulan ese derecho privado a las que se remitió como así se indica en tal resolución."

"5.- Por todo lo anterior no vemos como puede acusarse al acto demandado de violar protuberantemente los arts 16 y 17 del Decreto Ley 222 de 1983, cuando como quedó dicho, este estaba regulado por el derecho privado el cual se le dio aplicación y no al público como el arriba mencionado, máxime cuando los citados arts. 16 y 17 se refieren a la determinación de cuales contratos son considerados administrativos y quien es el organismo competente para conocer de los litigios que de ellos surjan, de manera que ni siquiera en gracia de discusión el acto demandado podría violarlos aún si no existiera la ley 56 de 1985 y la administración hubiera errado en considerarlo un contrato administrativo."

"Como tal apreciación no ocurrió siquiera y al contrato le fueron aplicadas las disposiciones que lo regulaban por ser privado, reitero en consecuencia a los señores Consejeros de Estado revocar la determinación impugnada y disponer lo consecuente al asunto debatido."

Para resolver se considera, luego de hacer la aclaración que el expediente solo llegó a esta corporación a mediados de febrero de este año (a folio 44).

La decisión del tribunal deberá mantenerse, por las razones que se exponen a continuación:

a) La administración dio por terminado el contrato de arrendamiento del inmueble ubicado en la carrera 10 # 6-15, 6-19 y 6-21 (antes 6-721)

celebrado con los señores Pedro Luis Cantor García y Pedro Alvaro Cantor Gutiérrez.

b) Dicho contrato es indiscutiblemente de derecho privado de la administración y carece de cláusula de caducidad (ver el documento a folios 13 y ss).

c) En principio, las controversias originadas en el mismo son de la justicia ordinaria (art. 87 del c.c.a).

d) No obstante esto, los actos administrativos que la administración expida con base o fundamento en el mismo contrato, son enjuiciables ante esta jurisdicción con sujeción a las reglas generales. (art. 17, parágrafo del decreto 22 de 1983). La jurisprudencia a este respecto ha precisado que en tal hipótesis el juez administrativo no podrá definir sino lo que se relacione directamente con el acto expedido, y no lo que toque con los derechos y obligaciones emanadas del contrato, aspecto que le incumbe, privativamente, al juez ordinario. (ver sentencia de 8 de septiembre de 1987, Proceso 4995, Centro de Computo de Nariño, ponente Carlos Betancur Jaramillo).

e) La facultad que consagra el artículo 6o. de la ley 56 de 1985 y que le permite al arrendador terminar el contrato en caso de que el arrendatario ceda o subarriende sin autorización, no equivale a la consagración de un poder exorbitante de terminación unilateral, sino a la inclusión, en los contratos de arrendamiento, de una causal específica de terminación. Eventos en los cuales podrá el arrendador apoyado en dicha causal demandar judicialmente la terminación del contrato, probando esa específica razón de incumplimiento (la cesión o el subarriendo indebidos).

Por lo expuesto, la Sala

RESUELVE:

Confírmase el auto de 25 de abril de 1991, dictado por el tribunal administrativo de Cundinamarca.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Se deja constancia que este auto fue estudiado y aprobado por la sala en su sesión de fecha

Daniel Suárez Hernández, Presidente Sala; *Carlos Betancur Jaramillo, Juan de Dios Montes Hernández, Julio César Uribe Acosta.*

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

CONTRATO ADMINISTRATIVO - Incumplimiento / **ANTICIPO** - Incumplimiento

La administración incumplió con sus deberes contractuales al no pagar al CONTRATISTA el monto del anticipo, realidad que le impidió a este iniciar los trabajos, los que en puridad de verdad nunca se ejecutaron. El centro de imputación jurídica demandado manejó la relación negocial con INFORMALIDAD, no haciendo homenaje a la palabra empeñada, sin alegar causales, pues rompió el acuerdo a su sola voluntad, sin ocuparse si quiera de proferir el acto administrativo que recogiera las razones de CONVENIENCIA, MERITO, por el contrario, ajustó su conducta al contrato, pues como ya se dijo, cumplió con todos sus deberes jurídicos.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera

Santafé de Bogotá, D.C., septiembre tres (3) de mil novecientos noventa y dos (1992)

Consejero Ponente : *Doctor Julio César Uribe Acosta*

Referencia: Expediente N°. 7158 Actor : Pedro Juan Navarro Rodríguez

DEMANDADO: FONDO VIAL DEL DEPARTAMENTO DEL ATLANTICO

- I -

Agotada la tramitación procesal de ley, sin que se observe causal de nulidad que vicie la actuación, procede la Sala a resolver el grado de CONSULTA de la sentencia calendada el día veinticuatro (24) de octubre de mil novecientos noventa y uno (1.991), proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico, que en su parte resolutiva *DISPUSO*:

"1o.- Declárase la Resolución del contrato 080 de marzo de 1984 celebrado entre el FONDO VIAL DEL DEPARTAMENTO DEL ATLANTICO y el señor PEDRO JUAN NAVARRO RODRIGUEZ.

"2o.- Se declara que la entidad demandada FONDO VIAL DEL DEPARTAMENTO DEL ATLANTICO, incumplió el contrato 080 de Marzo de 1.984, celebrado con el actor señor PEDRO JUAN NAVARRO RODRIGUEZ, cuyo objeto fue "pavimentar en concreto rígido la calle 16, desde la carrera 19 hacia la carrera 21, la carrera 15 desde la calle 14 hacia la calle 21A y continuación de la calle 17 en el Municipio de Baranoa (Atlántico).

"3o.- Como consecuencia dé la declaración anterior, se condena en concreto al FONDO VIAL DEL DEPARTAMENTO DEL ATLANTICO, a pagar al señor PEDRO JUAN NAVARRO RODRIGUEZ por concepto de Perjuicios Materiales las siguientes sumas: a) DAÑO EMERGENTE: La suma de $2.099.596.80 debidamente actualizadas teniendo en cuenta la variación del índice de precios al por mayor, certificado por el Banco de la República desde el 1o. de abril de 1.984 hasta la fecha de ejecutoria de esta sentencia, y b) como LUCRO CESANTE: la suma de $5.949.286.88.

"4o.- Las cantidades líquidas reconocidas en el punto 3o. de esta parte resolutiva devengarán intereses comerciales dentro de los 6 meses siguientes a la ejecutoria de esta sentencia y moratorios después de éste término.

"5o.- Esta sentencia deberá ejecutarse dentro de los términos señalados en los artículos 176 y 177 del C. C. A.". (C 1, fl. 92).

Para la mejor comprensión jurídica de todas las circunstancias legales, generales y particulares del caso, se transcribe a continuación lo pertinente del fallo, en el cual se razona judicialmente dentro del siguiente temperamento:

"Actuando en nombre y representación del señor PEDRO JUAN NAVARRO RODRIGUEZ, el doctor LUIS CARLOS ARENAS HIGUERA instauró demanda en ejercicio de la acción contractual, tendiente a obtener de esta jurisdicción las siguientes declaraciones:

" I. PETITUM.

"1. Que el Fondo Vial Departamental del Atlántico incumplió al señor Pedro Juan Navarro el contrato de obra 080 de marzo de 1.984, por medio del cual del señor Pedro Juan Navarro Rodríguez se comprometió a pavimentar en concreto rígido la calle 16, desde la Cra. 19 hacia la Cra 21, la Cra 15, desde la calle 14 hacia la calle 21A y continuación de la calle 17 en el Municipio de Baranoa (Atlántico).

"2.- Que el Fondo Vial Departamental debe darle cumplimiento al contrato señalado en el numeral anterior, actualizando los valores al momento de darle cumplimiento a la sentencia definitiva que se dicte en este proceso.

"3..- En subsidio de lo anterior se decrete la resolución del contrato referido y se condene al Fondo Vial Departamental del Atlántico a indemnizar los perjuicios causados al señor Pedro Juan Navarro Rodríguez.

"II. CAUSA PETENDI.

"1. Fundamento de hecho:

"En el libelo se relacionan los siguientes hechos:

" 1) Entre mi poderdante y el Fondo Vial Departamental del Atlántico se celebró en marzo de 1.984 el contrato de obra 080 para la pavimentación en concreto rígido de la calle 16, desde la Cra. 19 hacia la Cra 21, la carrera 15, desde la calle 14 hacia la calle 21A y continuación de la Calle 17 en el Municipio de Baraona por valor de $9.998.080.00.

"2.- El Fondo Vial Departamental se comprometió a girar como anticipo la suma de $2.999.424.00 a favor de mi poderdante, pagaderos a los ocho (8) días después de la firma del contrato, lo cual nunca se hizo.

"3.- A su vez mi poderdante, para el hecho del anticipo se comprometió a realizar todas las diligencias y formalidades del registro del contrato, constitución de garantía lo cual se hizo sin resultado positivo.

"4.- A pesar de que mi poderdante presentó la cuenta de cobro del anticipo con las formalidades requeridas y de haberse apropiado debidamente dichos dineros e incluso haberse tramitado la cuenta y ordenado su pago, tales dineros nunca llegaron a mi poderdante; razón por la cual no se iniciaron en firme los trabajos de pavimentación.

"5). Mi poderdante no solo hizo el registro del contrato y pago de garantía de ejecución sino que contrató maquinaria y algún personal

desplazándose hasta el Municipio de Baranoa lo cual resultó infructuoso ante el incumplimiento del Fondo Vial del Departamento del Atlántico.

"6- En agosto 8 de 1.984 la Tesorería Departamental giró al Fondo Vial Departamental el valor del anticipo para que fuera cancelado a mi poderdante, lo cual no se hizo."

"2.- Fundamento de Derecho.

"Arts. 1.546, 1.1613 (sic) al 1.617 y 1.618 al 1.624 del C. C. -Arts. 81 al 87 decreto 222 de 1.983- Arts. 136 al 139 y 217 del C. C. A.

"III.- ACTUACION PROCESAL

"En el proceso se cumplieron las etapas propias del procedimiento especial establecido en el Capítulo II, Título XXVI, Libro 4o. del C. C. A., a saber: admisión de la demanda, notificaciones, fijación en lista, periodo probatorio y traslado para alegatos.

" En el término de fijación en lista la entidad demandada (FONDO VIAL DEPARTAMENTAL) a través de su apoderado contestó la demanda y propuso la excepción de inexistencia de la obligación.

"El dictamen de los peritos sorteados no fue objetado por la entidad demandada.

" Dentro del traslado para alegatos se recibió escrito de la parte demandada, a través de su apoderado.

"El señor Fiscal rindió concepto favorable a las pretensiones de la demanda.

"No observándose causal de nulidad que invalide en todo o en parte lo actuado, debe decidirse de conformidad con la Ley.

" IV.- CONSIDERACIONES DE LA SALA:

"1o.- En marzo de 1.984 se celebró el Contrato No. 080 entre el FONDO VIAL DEPARTAMENTAL (entidad contratante) y PEDRO JUAN NAVARRO RODRIGUEZ (Contratista), cuyo objeto era la ejecución por parte del Contratista y a favor de la Contratante, de las obras públicas descritas bajo la cláusula primera (folio 1). El precio de las obras a ejecutar fue pactado en la suma de $9.998.080.00 según la cláusula segunda, pagadero así por la entidad contratante: 1) La suma de DOS MILLONES NOVECIENTOS NOVENTA Y NUEVE MIL CUATROCIENTOS VEINTICUATRO PESOS MONEDA LEGAL COLOMBIANA ($2.999.424.00), o sea el 30% del valor total del

contrato como anticipo amortizable, 2) por pagos mediante cuentas de cobro por obra ejecutada liquidadas al valor contratado y no menores del veinte por ciento (20%) para amortizar el anticipo, 3) De la cuenta final que complete el valor del contrato se descontará el saldo que pueda existir para completar el reembolso del anticipo. En el parágrafo primero se estipuló: "para el pago de cada cuenta con exclusión de la primera o anticipo, es indispensable el visto bueno de la interventoría de la Secretaría de Obras Públicas". En la cláusula tercera se acordó: "PLAZO MULTAS POR MORA - TRAMITACION ANTICIPO. -EL CONTRATISTA tendrá un plazo de ocho (8) días contados a partir de la fecha en que ha firmado el presente contrato por el FONDO VIAL DEPARTAMENTAL y el CONTRATISTA se obliga a la terminación de todas las diligencias y formalidades del registro del contrato, constitución de garantía sobre ejecución del mismo y cobro del anticipo dentro del mismo plazo."

" El plazo para la ejecución de las obras fue fijado en noventa (90) días contados desde la fecha en que el CONTRATISTA hubiese recibido la cuota inicial o anticipo (segunda parte literal a), Parágrafo, Cláusula Tercera).

"2o.- Alega la parte actora, que la cuenta para el pago del anticipo fue presentada en su debida oportunidad, sin que la entidad demandada la hubiese cancelado.

" El contrato quedó legalizado por cuanto sufrió los trámites ante la Contraloría del Departamento, quien determinó que el pago del mismo quedaba imputado al Capítulo IX, Art. 926, numerales 2, 3 y 4 del Presupuesto de 1984.

" Que por lo anterior ha sufrido graves perjuicios al haber realizado los gastos que conllevaron al perfeccionamiento del contrato y los preparativos para la ejecución del mismo, lo cual le ha causado perjuicios por lucro cesante y daño emergente.

" Antes de continuar debe decirse que el contrato que ha dado lugar a la controversia que se resuelve, es de naturaleza administrativa y por tanto del conocimiento de esta jurisdicción, porque aparece relacionado bajo el Art. 16 del Decreto 222 de 1.983, que dispone:

"Son contratos administrativos:

"...

"2. Los de obras públicas".

" En orden a decidir, en primer término habrá de estudiarse lo relativo a la excepción de inexistencia de la obligación propuesta por la entidad demandada, porque de aparecer demostrada se opondría a la prosperidad de las pretensiones (Art. 164 del C. C. A.).

"El referido medio exceptivo parece fundamentado así a folio 37:

"Inexistencia de la obligación- Mi representado no está obligado a dar cumplimiento al contrato 080/84, debido a que no fue perfeccionado legalmente, de conformidad con lo establecido en el ART. 51 del Decreto extraordinario 222 de 1.983, en concordancia con los Art. 48 y 299 del mismo Decreto, puesto que no consta en la demanda del (sic) documento de aprobación de las pólizas proferidas por el jefe de la entidad o por su delegado, requisito indispensable para el perfeccionamiento del contrato; debido a que no se dio el mencionado presupuesto, no estaba, ni está obligado mi representado a dar cumplimiento al contrato demandado.

"No estando obligado mi representado, no puede haber incumplimiento y si no hay incumplimiento, no puede existir ninguna obligación.'

" Ahora bien, el Art. 51 del Decreto Extraordinario No. 222 de 1.983, textualiza:

" Artículo 51. Del perfeccionamiento de los contratos. Salvo disposición en contrario, los contratos a los cuales se refiere este estatuto se entienden perfeccionados con la ejecutoria de la providencia del Consejo de Estado que los declare ajustados a la Ley; si no requieren revisión del Consejo de Estado, con la probación de la fianza de que trata el inciso primero del artículo 48; y si no requieren constitución de fianzas, con el correspondiente registro presupuestal, si hay lugar a él, o una vez suscritos."

"De su parte el Art. 48 ibídem, dice:

"Artículo 48. De la constitución de garantías del contrato.

"Las garantías exigidas deberán constituirse una vez obtenido el registro presupuestal correspondiente, y requerirán aprobación del Jefe de la entidad contratante o del funcionario delegado.

"No obstante lo establecido en este artículo, en los casos en que se deba pactar la constitución de garantías de estabilidad de la obra o calidad del bien o servicio, dicha garantía se otorgará simultáneamente con el recibo de la obra, bien o servicio, a satisfacción por la entidad contratante. Asimismo deberá prorrogarse, por un término no inferior a tres (3), años, La garantía del pago de salarios, prestaciones sociales e

indemnizaciones. La aprobación de esta garantía será condición necesaria para que el acta de recibo produzca efectos legales y contractuales. La garantía sobre manejo y buena inversión de un anticipo, se otorgará y aprobará una vez perfeccionado el contrato será requisito indispensable para la entrega del anticipo."

"Y el Art. 299 ibídem, expresa:

"Art. 299. De la prohibición de ejecutar contratos no perfeccionados.

"Sólo podrá iniciarse la ejecución de los contratos que estuviesen debidamente perfeccionados. En consecuencia con cargo a los convenios a que se refiere el presente estatuto no podrá pagarse o desembolsarse suma alguna de dinero ni el Contratista iniciar labores, mientras no haya dado cumplimiento a los requisitos y formalidades que en este estatuto se establecen."

"Examinado el expediente se observa que el demandante contratista, para dar cumplimiento a la cláusula novena del contrato (fl. 3 vta). presentó las Pólizas números 1842 y 15843 expedidas por la Compañía Aseguradora de Fianzas S. A. - CONFIANZA -, para garantizar el buen manejo del anticipo y el cumplimiento del contrato y garantizar la estabilidad y conservación de las obras, respectivamente. Igualmente presentó la póliza No. 15853 expedida por la misma compañía aseguradora antes nombrada, para garantizar el pago de salarios y prestaciones sociales de los trabajadores que sintervinieran (sic) en las obras, las cuales fueron aceptadas y aprobadas por la Contraloría del Departamento mediante la Resolución No. 0414 de 5 de Abril de 1.984, copia autentica de la cual obra a folio 5 del expediente.

"Asimismo, con el fin de obtener la cancelación del anticipo pactado bajo la cláusula segunda (fl. vta.) (sic), esto es, el 30% del valor total del contrato o sea la suma de $2.999.424.00 (el valor total del contrato es de &9.998.080.00), el actor presentó la cuenta de cobro respectiva (fl. 21) acreditando el pago de impuesto (Pro-Ciudadela Universitaria), el paz y salvo con el Departamento, recibo de pago para la publicación del contrato y constancia de pago del impuesto de estampillas Pro-Ciudadela Universitaria.

"En orden a decidir, se considera:

"Según la entidad demandada, hay inexistencia de la obligación debido a que el Contrato # 080 de Marzo de 1.984 no quedó legalmente perfeccionado, conforme a las normas transcritas, porque las pólizas respectivas no fueron aprobadas por el Jefe de la entidad contratante o por su delegado.

"El señor Fiscal Unico del Tribunal al emitir su concepto considera: "Que se encuentran comprobados en el expediente los hechos que alega el demandante. De la documentación aportada por el actor se desprende que el contrato materia de la controversia, el número 80 y el cual fue firmado por el Secretario de Obras Públicas Departamentales Director del Fondo Vial Departamental y por el contratista Pedro Juan Navarro Rodríguez, cumplió con todos los requisitos para su perfeccionamiento. Así, el contratista otorgó las garantías exigidas por la cláusula novena y las cuales obran en copias autenticadas desde el folio 6 al 18; tales garantías - pólizas de cumplimiento expedidas por la Compañía Aseguradora "Confianza" fueron aceptadas y aprobadas por la Contraloría Departamental del Atlántico mediante Resolución 0414 de Abril 5 de 1.984 como consta en fotocopia autenticada que obra a folio 5 del expediente."

" ....que el contrato fue debidamente celebrado y perfeccionado tal como lo exigen la cláusula décimo primera del mismo y los artículos 48, 51 y 299 del Decreto Extraordinario 222 de 1983...."

"Por otra parte, el Art. 48 del Decreto 222 de 1.983 no se aplica a los contratos celebrados por el Departamento, porque no está comprendido dentro del campo de aplicación del estatuto consagrado en el Art. 1o.

"El citado artículo dispone que en los departamentos y municipios se aplicarán las normas referentes a tipos de contratos, su clasificación, efectos responsabilidades y terminación, así como los principios generales desarrollados en el Título IV.- Por lo tanto, la materia contemplada en el Art. 48 no queda comprendida dentro del campo de aplicación que establece el Art. 1o., ya que es desacertado entender que "Las Responsabilidades" citadas en el Art. 1o. del Decreto 222 de 1.983 se refieren a las "GARANTIAS OTORGADAS POR EL PARTICULAR CONTRATANTE", dichas RESPONSABILIDADES son las contempladas por el Título XII del Decreto 222 de 1.983 que trata de la "Responsabilidad Civil", desde el Art. 290o. hasta el 297o.

"Además de lo anterior, la Sala estima lo siguiente:

"1o. El contrato materia de este proceso no requería revisión de la jurisdicción contencioso administrativa, para su perfeccionamiento, en este evento por el Tribunal Administrativo del Atlántico, porque su cuantía es inferior a la que exigía el Art. 263 del C.C.A., para la fecha de su celebración ($50.000.oo).

"El Art. 48 del Decreto 222 de 1.983 no tiene aplicación a los contratos celebrados por los departamentos, porque queda por fuera del ámbito que señala el Art. 1o. de dicho estatuto.

"Empero, observa que los departamentos así como los municipios gozan de facultad legal para proveer lo pertinente en relación con la constitución y aprobación de garantías que es la materia controvertida en este asunto.

"Con fundamento en esta atribución, el Código Fiscal del Departamento del Atlántico contenido en la Ordenanza No. 16 de Noviembre 10 de 1.975, vigente para la época en que se celebró el contrato en estudio, estableció en el literal c), Art. 383:

"ARTICULO 383.- FUNCIONES EN ESTA MATERIA. Corresponde al Contralor General en relación con las fianzas y finiquitos:

"...

"c) Aprobar las cauciones otorgadas o constituidas en debida forma y exigir su renovación oportuna."

"En consecuencia, no le asiste razón a la parte demandada al proponer la excepción de inexistencia de la obligación, porque las pólizas fueron aprobadas por la autoridad a quien competía esa facultad legal: la Contraloría General del Departamento del Atlántico.

"Por ende, no prospera la referida excepción.

"De otra parte, la entidad demandada en su alegato de conclusión sostiene que el contrato firmado por el Fondo Vial Departamental y el demandante, adolece de nulidad relativa por cuanto no tiene fecha de celebración, y concluye, además, que no hay plazo precisado para la ejecución de dicho contrato, pues aunque este estipula 90 días no se sabe cuando empiezan estos a contarse por la falta de la fecha de celebración o firma.

"Al respecto dice el señor o colaborador Fiscal del Tribunal al emitir su concepto:

"...Si estuviera comprobado que el contrato, cuya fotocopia autenticada obra a folios 2 a 4, no fue fechado en el momento de celebrarse, y además no hubiese manera de establecer en cuál día fueron estampadas en tal contrato las firmas que constituyen se celebración habría que dar la razón a la parte demandada en esto último que alega. Sin embargo, es manifiesto que el contrato en cuestión fue real y materialmente firmado por el Director del Fondo Vial Departamental, Secretario de Obras Públicas Departamental doctor Roberto Zabaraín Manco y por el contratista Pedro Juan Navarro Rodríguez, y tal acto material necesariamente hubo que cumplirse en algún momento histórico, momento en el cual podemos establecer mediante otros documentos que

presten veracidad suficiente. Tal documento complementario es *el Acta de Constancia de pago del impuesto de estampillas pro ciudadela universitaria* que fue extendida por el señor Contralor General del Departamento del Atlántico, Roberto Corrales de la Rotta, y el Secretario General de la Contraloría para dejar constancia del pago de tal *impuesto originado por el contrato celebrado* entre el Fondo Vial Departamental y el señor Pedro Juan Navarro Rodríguez. Dicha Acta está fechada a las 11:00 A.M. del día 17 de marzo de 1.984 y obra en fotocopia autenticada a folio 19 del expediente. Por ser un documento oficial el contenido de este se presume auténtico y veraz, por cual es lícito deducir jurídicamente que la fecha de firma del contrato 080 de 1984 se dio, como lo más tarde, el mismo día del pago del impuesto que tal contrato causó, o sea el 17 de marzo de 1.984."

"La Sala acoge lo dicho por el señor Fiscal del Tribunal y además se permite transcribir el literal b) del Parágrafo de la cláusula tercera del contrato que dice:

"...b) El plazo para la ejecución.- El plazo para la ejecución total de la obra será de noventa (90) días calendario que empezará a contarse desde la fecha en que el CONTRATISTA haya recibido la cuota inicial o anticipo...".

"En consecuencia, según la norma del contrato anteriormente transcrita el plazo para la ejecución de la obra empezaba desde la fecha en que el contratista recibiera la cuota inicial o anticipo, y éste era de 90 días calendario que se iniciaba desde ese momento. Por ende, se pactó un plazo para la ejecución del objeto del contrato.

"Ahora bien, en los autos aparece probado que el contratista presentó su cuenta para el cobro del anticipo (flio 21), para lo cual tuvo que realizar una serie de diligencias previas, tales como: pago del impuesto de estampillas Pro-Ciudadela Universitaria en Marzo 17 de 1984 (folio 19); pago por publicación del contrato en marzo 15 de 1.984 (folio 28), y otros documentos que permiten deducir la fecha en que fue firmado el contrato.- Lo cierto es, que si para la celebración del contrato no se hubiesen satisfecho todas las exigencias legalmente establecidas, la Tesorería General del Departamento del Atlántico no habría hecho el egreso por concepto de orden de pago del anticipo, tal como aparece a folio 20 del expediente que corresponde al primer abono del mencionado pago.

" Por lo anterior, queda sí desvirtuada la oposición que hizo la parte demandada, referente a que el contrato materia de estudio carece de fecha de celebración y del plazo para su ejecución.

" Deben en consecuencia estudiar las pretensiones de la parte actora y decidir de conformidad con la ley.

" Según la demanda el contrato celebrado entre el actor y el FONDO VIAL DEPARTAMENTAL DEL ATLANTICO, identificado con el número 080 de marzo de 1984, quedó legalizado ante la Contraloría General del Departamento del Atlántico quien determinó que el pago del mismo quedaba imputado al Capítulo IX, Art. 926 del Presupuesto de 1.984.

"Que a pesar de que el actor presentó la cuenta de cobro del anticipo con las formalidades requeridas y de haberse apropiado debidamente dichos dineros e incluso haberse tramitado la cuenta y ordenado su pago, tales dineros nunca llegaron a manos del demandante.

"Este Tribunal, en un todo de acuerdo con el señor Fiscal, considera que la parte demandante cumplió a satisfacción con todas la exigencias legales para el perfeccionamiento del contrato, y por tanto el FONDO VIAL DEPARTAMENTAL DEL ATLANTICO quedó obligado al cumplimiento del mismo, en los términos pactados.

" En efecto, en los autos obra el contrato materia de la controversia, las pólizas debidamente aprobadas y la cuenta presentada por el actor (folio 21); comprabante de egreso correspondiente al primer abono del anticipo (folio 20); pago del impuesto de Timbre Nacional, pago de la publicación del contrato en la Gaceta Departamental (folios 19 y 28).

"En relación con los perjuicios ocasionados por el incumplimiento del contrato, obra en el expediente el dictamen rendido por los peritos doctores: ERNESTO BARROS LUQUE (Ing. Civil) y JAVIER ALONSO PIZARRO DE LA HOZ (Arquitecto), quienes realizaron un estudio acerca de los perjuicios irrogados al demandante por el incumplimiento en la entrega del anticipo acordado contractualmente.

"De acuerdo con lo expuesto, aparece claro que fue la entidad demandada quien incumplió la cláusula segunda del contrato, en la cual se estableció la entrega a la parte actora de un anticipo amortizado por el contratista en cuantía del 30% del valor total de aquél, equivalente a la suma de $2.999.424.00 M. L.

"Por tal razón, el FONDO VIAL DEPARTAMENTAL DEL ATLANTICO deberá indemnizar a la parte demandante los perjuicios que le irrogó, en la cuantía señalada por los auxiliares de la justicia en escrito visible a folios 53 a 57, dictamen el cual fue sometido a contradicción sin que hubiera sido objetado por las partes, por lo tanto

se encuentra en firme y el Tribunal lo acoge como prueba de los perjuicios irrogados al actor.

"En el referido dictamen los peritos se expresaron así:

"....3.- DAÑO EMERGENTE.

"2 La no ejecución del contrato por parte del contratista le ocasionó los siguientes daños:

"Pérdida de los honorarios que se causan por el estudio de los planos y pliegos que debe realizarse previamente a la ejecución de cualquier obra de Ingeniería Civil, éstos honorarios pueden considerarse incluidos dentro del 10% que se presenta por administración del contrato.

"Gastos ocasionados en el perfeccionamiento y legalización del contrato que incluye:

"Pólizas de anticipo y cumplimiento

"Pólizas de Estabilidad y conservación de obra.

"Estampillas, etc.

"Gastos ocasionados en las diligencias de contratación de personal, alquiler de equipo, compra de herramientas menores, búsqueda del sitio adecuado para almacenar cemento, hierro, rieles, herramientas, etc.

"Generalmente la inminencia de la entrega del anticipo genera en los contratista interesados en realizar la obra dentro del plazo estipulado, algunos movimientos tendientes a crear la infraestructura necesaria para acometer la obra a la mayor brevedad para dar cumplimiento estricto al plazo de entrega de 90 días.

"Algunos de estos gastos son fácilmente comprobables como los correspondientes a plazos de pólizas, estampillas, etc.

"Por último puede considerarse que la capacidad de contratación del demandante con el Fondo Vial Departamental, se ve disminuida a causa de la litis.

"Cuáles son los perjuicios ocasionados al contratista por la no ejecución de la Obra?

"En el análisis de precios unitarios para un m^2 de pavimento, se considera un 25% por A. I. U. que puede descomponerse así:

" 10% por Administración

" 5% por Imprevistos

" 10% por utilidad.

"El 10% de Administración, empieza a correr desde el momento en que al contratista se le adjudica el contrato, pues entiende que lo recibirá por este concepto se utilizará en los gastos fijos de la empresa de ingeniería; cuando se tiene la adjudicación del contrato, enseguida el contratista se hace a la idea de que ha resuelto el problema de mantener en funcionamiento su oficina. Cada contrato representa un aporte a los gastos fijos anuales. No habiéndose realizado el contrato se creó una expectativa frustrada que en dineros significó no haber recibido la suma de $999.080.00 que es el 10% del valor del contrato.

" Del 5% de imprevistos, en una obra donde el presupuesto puede ajustarse al máximo, puede a groso modo estimarse que el 20% del 5% no se ejecutaría lo cual trasladaría éste porcentaje del 1% a las utilidades del contratista, la cual será entonces del 11%., que sumado al 10% por Administración, da una expectativa de ingresos del orden del 21% del valor del contrato.

"Este porcentaje no es exagerado en manera alguna, teniendo en cuenta las muchas dificultades que tienen que vencer los contratistas para recibir los anticipos, el pago de actas parciales y la cancelación de todo el valor del contrato una vez terminado, Es proverbial la demora de las entidades oficiales en éstos pagos como en los de sueldos, honorarios y cuentas por suministros.

"Si el anticipo se hubiera recibido en Agosto de 1.984, el contratista habría terminado la obra en noviembre de 1984 al vencerse el plazo de 90 días que tenía para efectuar el contrato de obra 080 con el Fondo Vial Departamental.

"4.- LUCRO CESANTE.

"Lo dejado de percibir por el contratista demandante, puede estimarse en el 21% del valor del contrato que es de $9.998.080.00, éste valor es de $2.099.596.80, a ésta suma que dejó de percibir hay que agregarle la cantidad que desembolsó por legalización del contrato pólizas, etc. Lo que podrá estimarse en unos $200.000.00.

"Esta cantidad sumada a $2.099.596.80, nos da un total de $2.299.596.80, lo cual se tomará como capital para producir unos intereses desde Noviembre de 1.984 hasta Noviembre de 1.987. El monto que debería recibir sería:

" $S = (1 + R)^n$

" P = $2.299.596.80

"donde "r = 2%

" N = 36 meses

"Entonces: $S = 2.299.596.80 (1 + 0.02)^{36}$

S= 2.299.296.80 (2.0399)

"S = 4.690.947.51

"SON: CUATRO MILLONES SEISCIENTOS NOVENTA MIL NOVECIENTOS CUARENTA Y SIETE PESOS CON 51/100 M. L.

"Este valor puede proyectarse a un año, Noviembre de 1.988 así:

" $S = P \quad (1+ r)^n$

"donde S = 2% mensual

" N = 48 meses

"Entonces $S = 2.299.596.80 (1 + 0.02)^{48}$

"S = 2.299.596.80 (2.5871)

"S = $5.949.286.88

SON: CINCO MILLONES NOVECIENTOS CUARENTA Y NUEVE MIL DOSCIENTOS OCHENTA Y SEIS PESOS CON 88/100 M. L.

" Este cálculo no tiene en cuenta la corrección monetaria que obviamente haría crecer el valor de éste monto.

"Por otra parte si el contrato se lleva a pesos de hoy, los ingresos del contratista serían del orden de 21% de $20.444.129.90 = $4.293.267.27.

" SON CUATRO MILLONES DOSCIENTOS NOVENTA Y TRES MIL DOSCIENTOS SESENTA Y SIETE PESOS CON 27/100.

" De lo anteriormente transcrito se incluye que el total estimado por los peritos por daño emergente y lucro cesante hasta noviembre de 1.988 da la suma de $80.048.882.68 M. L..". (fls. 78 - 91 Cdno No. 1).

- II -

CONSIDERACIONES DE LA SALA

A) Dentro del proceso quedaron debidamente demostrados los siguientes hechos:

PRIMERO: Que el FONDO VIAL DEPARTAMENTAL DEL ATLANTICO, de una parte, y el señor JUAN NAVARRO RODRIGUEZ, suscribieron en marzo de 1.984, el Contrato No. 080, que tenía por objeto la pavimentación en concreto rígido de la calle 16, desde la carrera 19 hacia la carrera 21, carrera 15 desde la calle 14 hacia la calle 21A y continuación de la calle 17, cuyo monto ascendía a la suma de NUEVE MILLONES NOVECIENTOS NOVENTA Y OCHO MIL OCHENTA PESOS M/CTE ($9.998.080.00), estipulándose en la cláusula tercera, parágrafo b), que el plazo para la ejecución de la obra era de noventa (90) días calendario que empezarían a correr desde la fecha en que el CONTRATISTA hubiese recibido la cuota inicial o anticipo. A su turno, en la primera parte de la misma, las partes acordaron:

> "EL CONTRATISTA tendrá un plazo de ocho (8) días contados a partir de la fecha en que se ha firmado el presente contrato por el FONDO VIAL DEPARTAMENTAL y el CONTRATISTA se obliga a la terminación de todas las diligencias y formalidades del registro del contrato, constitución de garantía sobre ejecución del mismo y *COBRO DE ANTICIPO DENTRO DEL MISMO PLAZO*". (Subrayas de la Sala);

SEGUNDA. Que para el día cinco (5) de abril de mil novecientos ochenta y cuatro (1984) ya estaban aprobadas por la Contraloría del Departamento las pólizas que garantizaban la buena inversión de los dineros que el CONTRATISTA debía recibir como anticipo; la de cumplimiento del contrato; la de estabilidad y conservación de las obras; el pago de sueldos y demás prestaciones sociales a favor de los trabajadores que intervinieran en la obra todas ellas con vigencia a partir del doce (12) de Marzo de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

TERCERA: Que el día quince (15) de marzo de 1984, se pagó el valor de la publicación del referido acto jurídico en la Gaceta del Departamento (C 1, fol 28).

CUARTA: Que el día diez de abril de 1984, el Fondo Vial Departamental recibió del Contratista la cuenta de cobro del anticipo, por la suma de DOS MILLONES NOVECIENTOS NOVENTA Y NUEVE MIL CUATROCIENTOS VEINTICUATRO PESOS M/CTE ($2.999.424.00), el cual nunca fue pagado.

B) Dentro del marco anterior resulta claro para la Sala que la Administración incumplió con sus deberes contractuales al no pagar al CONTRATISTA el monto del anticipo, realidad que le impidió a éste iniciar los trabajos, los trabajos, los que en puridad de verdad nunca se ejecutaron. Así lo vivenciaron los peritos en la diligencia de Inspección Judicial, que tuvo lugar el día diecinueve (19) de noviembre de mil novecientos ochenta y siete (1987) y que los lleva a consignar por escrito:

> "Se pudo establecer durante la diligencia que ninguno de los tramos comprendidos en las direcciones arriba mencionadas se encuentra pavimentada, ni en concreto rígido, ni en asfalto" (c 1, fol. 53).´

Así las cosas, se tiene que el centro de imputación jurídica demandado manejó la relación negocia con INFORMALIDAD, no haciendo homenaje a la palabra empeñada, sin alegar causales, pues rompió el acuerdo a su sola voluntad, sin ocuparse siquiera de proferir el acto administrativo que recogiera las razones de CONVENIENCIA, MERITO u OPORTUNIDAD que la determinaran a tal comportamiento. El demandante, por el contrario, ajustó su conducta al contrato, pues ya se dijo, cumplió con todos sus deberes jurídicos. Otorgó todas las garantías a que estaba obligado, en el momento oportuno, y sufragó gastos que necesariamente incidieron en el universo de su patrimonio. En la interpretación de la conducta humana, que en más de una ocasión resulta de mayor interés que la de la propia ley, ese comportamiento ajustado a lo pactado merece protección jurídica y justifica que, en casos como el presente, se condene a la parte incumplida a indemnizar los perjuicios causados, que se generan o tienen como fuente el *INCUMPLIMIENTO MISMO*. Sólo así se protege la confianza suscitada por el comportamiento del otro, pues PODER CONFIAR es condición fundamental para una pacífica vida colectiva, debiendo la administración dar ejemplo en tan importante particular.

Nadie ignora que la administración tiene el privilegio de la decisión unilateral, que le permite determinar unilateralmente, sin conformidad alguna de su colaborador o cocontratante, lo que más conviene a las necesidades públicas colectivas. Y como lo enseña Miguel Angel Bercaitz, "....no sólo resolver lo que más conviene, sino imponer ese resolución a su colaborador o cocontratante..."(Teoría General de los Contratos Administrativos. 2a. Edición, pag. 361). Pero en estos eventos, se impone, normalmente, la indemnización. Esta verdad jurídica lleva al tratadista citado a recordar:

> "El ejercicio de la atribución de revocar un contrato administrativo de plazo no vencido, por razones de oportunidad, mérito o conveniencia lleva consigo la obligación de indemnizar al cocontratante cuyo derecho singular se sacrifica en aras del interés de la colectividad, por los daños e intereses que esto le ocasiona, en tanto no se haya pactado lo contrario en forma expresa....." (Obra citada, pag. 502).

C) Por lo que hace relación con el universo económico del daño, la Sala acoge en parte, el dictamen pericial, en cuanto tomó en consideración un 25% por A, I. U., que descompone así:

" 10% por Administración

" 5% por Imprevistos

" 10% por Utilidad".

De estos rubros, el DAÑO se radica en el diez por ciento (10%) de utilidad que es la "expectativa frustrada que en dinero significó no haber recibido la suma de $999.808.00 que es el 10% del valor del contrato", como lo expresan los auxiliares de la justicia-. Esta suma se actualiza por el período comprendido entre el diez (10) de abril de 1.984, cuando se estima que razonablemente se ha debido hacer el pago del anticipo, y el 31 de julio de 1.992. Sobre el monto histórico de $999.808.00 se reconoce un interés técnico del seis por ciento (6%) anual, sin que haya lugar al cobro de intereses.

Dentro del anterior temperamento EL FONDO VIAL DEL DEPARTAMENTO DEL ATLANTICO deberá pagar al señor PEDRO JUAN NAVARRO RODRIGUEZ, la suma de SIETE MILLONES DIECISEIS MIL SETECIENTOS SESENTA Y DOS PESOS CON SETENTA Y OCHO CENTAVOS ($7.016.762.78) M/CTE.

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

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMANSE los numerales primero (1o.), segundo (2o.), cuarto (4o.) y quinto (5o) de la sentencia calendada el día veinticuatro de octubre de mil novecientos noventa y uno (1.991), proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico, dentro del proceso del rubro, por las razones dadas considerandos de éste proveído;

SEGUNDO: REVOCASE el numeral tercero (3o.) de la misma providencia, el cual quedará así:

3o. Como consecuencia de la declaración anterior, se condena en concreto al FONDO VIAL DEL DEPARTAMENTO DEL ATLANTICO a pagar al Señor PEDRO JUAN NAVARRO RODRIGUEZ, a título de perjuicios materiales, la suma de SIETE MILLONES DIECISEIS MIL SETECIENTOS SESENTA Y DOS PESOS CON SETENTA Y OCHO CENTAVOS

($7.016.762.78) M/CTE., en la cual se incluye el monto de los intereses técnicos.

TERCERO: Expídanse copias de la presente sentencia, con destino a los interesados, precisando cuál de ellas presta mérito ejecutivo.

CUARTO Ejecutoriado el presente fallo, devuélvase el expediente al tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE

Daniel Suárez Hernández, Presidente de la Sala; *Carlos Betancur Jaramillo, Juan De Dios Montes Hernández, Julio César Uribe Acosta.*

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

NULIDAD PROCESAL - Causales / **FALTA DE JURISDICCION / CONTRATO DE DEPOSITO / RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL/ JURISDICCION ORDINARIA**

El vehículo fue entregado al parqueadero del Departamento Administrativo de Tránsito y Transporte en virtud de un contrato de depósito, real porque se perfeccionó con la entrega de la cosa, y oneroso porque se aceptó pagar una suma de dinero por hora o fracción. Este acto jurídico, no encuadra entre los que el artículo 16 del Decreto 222 de 1983, clasifica como contratos administrativos. Tampoco se vivencia, que en el citado contrato de depósito se hubiese pactado la cláusula de caducidad, circunstancia que de haberse dado, le permitiría a la jurisdicción de lo contencioso administrativo conocer de los conflictos de intereses surgidos con ocasión de su celebración y ejecución, por expresa autorización del parágrafo del artículo 17 del citado estatuto. No puede el actor desnaturalizar las esencias jurídicas que tiene el conflicto de intereses, para presentar una demanda con la filosofía de la FALLA DEL SERVICIO, cuando en puridad de verdad se trata de un problema de responsabilidad contractual, de naturaleza estrictamente civil, y por lo mismo, de conocimiento de la justicia ordinaria.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera

Santafé de Bogotá, D.C., Septiembre tres (3) de mil novecientos noventa y dos (1992)

Consejero Ponente : *Doctor Julio César Uribe Acosta*

Referencia: Expediente Nº. 7241. Actor: Pedro Antonio Albarracín Silva.

Demandado: DISTRITO ESPECIAL DE BOGOTA

- I -

Agotada la tramitación procesal de ley, procede la Sala a desatar el recurso de apelación interpuesto por el procurador judicial de la parte actora, contra la sentencia calendada el día veintiséis (26) de Septiembre de mil novecientos noventa y uno (1.991), proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en virtud del cual se denegaron las pretensiones de la demanda por las razones que se precisan en el referido proveído.

Para la mejor comprensión jurídica de todas las circunstancias legales, y particulares del caso, se transcribe a continuación lo pertinente del fallo, en el cual se razona judicialmente dentro del siguiente temperamento:

"Pedro Antonio Albarracín demandó en reparación directa a Santa Fe de Bogotá, D.C. pidiendo se declare su responsabilidad por falla en el servicio, atribuida a la pérdida de un vehículo de placas A-Q 0286, ocurrido en el parqueadero de la Seccional del Departamento Administrativo de Tránsito, localizado en el barrio Alamos; y como consecuencia pidió la condena por el valor de los daños que le causaron.

"Y en capítulo de hechos expresó:

"1- Ser propietario de un automotor marca Ford, modelo 1982, placas A-Q 0286.

"2- Haber entregado dicho vehículo para parqueo, el 19 de abril de 1.988, al señor Oscar Cubillos, empleado de la Tesorería del Datt de Alamos, quien a cambio, le entregó en constancia una boleta con número 260932.

"3- Haber intentando recuperar su vehículo horas más tarde del mismo día, recibiendo como respuesta de Oscar Cubillos su irresponsabilidad, respaldada por Alvaro Ramírez, Jefe de Tesorería del DATT.

"Admitida la demanda y notificados Personero y Alcalde, el primero de ellos se opuso a las pretensiones y reclamó pruebas.

"Al alegar, la Personería reclama la denegatoria de las súplicas, porque no encuentra probado los elementos configurantes de la responsabilidad. Dice que los documentos agregados no permiten establecer ni el parqueo del vehículo ni la propiedad del mismo en cabeza del demandante. Y

criticando los testimonios, afirma que el dicho de Ana Rita de Albarracín, cónyuge del demandante es sospechoso por ese mismo orden; y las palabras de Alvaro Erazo no tienen valor probatorio, porque son de oídas, ya que no les consta personal y directamente los hechos.

"El señor Fiscal, por su parte, sostiene que hay lugar a acceder a la declaración de responsabilidad, por falla en el servicio, y a condenar por el valor del vehículo negando las restantes pretensiones. A su juicio, el talón de recibo de parqueo es prueba suficiente de éste; como igualmente prueba la propiedad del automotor, la copia auténtica de la tarjeta del vehículo expedida por el funcionario administrativo. Y encuentra que los dichos de Ana Rita Bautista y Alvaro Erazo son suficientes para tener por probadas las circunstancias narradas de la demanda, concluyéndose así, que se dio una falla en el servicio, que causó un daño equivalente al valor del artilugio mecánico extraviado.

"El demandante afirma: Está demostrada la entrega del vehículo en parqueo y su desaparición con las pruebas mencionadas y con el denuncio presentado por el demandante ante la unidad de San Fernando. De allí extrae que hubo una falla del estado, por no organizar los servicios públicos debidamente.

" *Consideraciones*

"Es evidente que el ciudadano Albarracín Silva entregó al DATT., en depósito remunerado, un automotor de placas HQ 0286, el día 19 de abril de 1988.

"Esta afirmación de la demanda encuentra respaldo probatorio en cinco pilares: los testimonios de Alvaro Erazo y Ana Rita Bautista, el talón de parqueo que aparece a folio 8, el acuerdo del Consejo Distrital que aparece a folios 20 y ss y el hecho notorio de la prestación del servicio.

"Es de conocimiento público en la ciudad, que el Departamento Administrativo de Tránsito presta servicios de parqueadero en sus instalaciones de los Alamos. Esto se facilita en desarrollo de las facultades que le otorgó el acuerdo del Concejo No. 003 de 1.979, cuya copia se agregó al expediente y que particularmente en el artículo 2, ordena tener como ingresos del Fondo adscrito al Datt, los provenientes de garajes y grúas. (folio 21 Cuad. 1). Y ello tiene confirmación en el acta de 30 de octubre de 1984, que reglamenta específicamente el parqueo en los Alamos (folio 11 Cuad. 1).

"A éstos deben agregarse el testimonio de Ana Rita Bautista, que aunque sospechoso; coincide con el de Alvaro Erazo, quien no presenció la entrega material del vehículo, pero que relata la angustia por la pérdida del mismo.

"Y finalmente agréguese el boleto de parqueo, que si bien, admite en su contra, el no estar suscrito por el demandado, ni haberse reclamado su reconocimiento, es junto con las otras ya mencionadas, suficiente para probarlo.

"Todos éstos medios aisladamente considerados no prueban el hecho, porque son incompletos, pero constituyendo cada uno indicios no necesarios, concluyen todas a uno solo indicado: el contrato de parqueo, y la pérdida del carro. Estimamos que de los documentos, de los testimonios, y el hecho notorio referido se llega a la certeza que el 19 de abril de 1.988, Pedro Antonio Albarracín entregó a un empleado del Datt en Alamos, para parqueo, un automotor placas AQ 0286, obligándose a cambio a pagar, una suma de dinero, por hora o fracción de hora, que el mismo permaneciera estacionado.

"De ser cierto ello, la conducta desplegada por los contradictores procesales, encaja en el negocio jurídico definido en el artículo 2.240 del Código Civil, con las adiciones, contenidas en el artículo 1.170 del Código de los Comerciantes.

"Por la primera disposición se dice: que es depósito un contrato en que una de las partes entrega a la otra una cosa para que la guarde y la restituya posteriormente a voluntad del primero. Y por la última de las normas, específica que tiene la condición mercantil, cuando quiera que exista remuneración.

"Es evidente e indiscutido para el demandante que él entregó un automotor para que se le guardara por el tiempo que él estimara justo; obligándose el depositario a restituírselo a cambio de un precio que las partes fijaron en diez o cincuenta pesos, según se tenga por probado el valor preimpreso o el valor escrito en el boleto de recibo que se trajo al proceso, y que coincide con los que circulan en la ciudad.

"En esas condiciones lo celebrado entre don Antonio Albarracín y el Municipio de Bogotá, fue un contrato de depósito mercantil, que debido a la ocurrencia con que se celebra en las ciudades mayores del país y particularmente en el Distrito Capital se denomina parqueadero.

"Y no se diga en contra, que se trataba de un servicio público, y que por ello la modalidad que se acomoda a él, es la estatutaria y no la contractual, porque ella se utiliza exclusivamente para los servicio públicos y esenciales: tales la energía, el acueducto, el alcantarillado y la recolección de basuras; y porque aún en el caso de dichos servicios estratégicos y monopólicos se ha aceptado, que admiten la modalidad contractual.

"Si los servicios públicos estratégicos admiten, la modalidad de contrato, qué no decir de servicios, donde la administración obra enteramente como un particular, en las mismas condiciones de éste, compitiéndole.

"Siendo una relación contractual, y surgiendo para la administración la obligación de restituir el bien dado en depósito, a los terminación del mismo, es claro que el incumplimiento de ésta prestación, genera una responsabilidad contractual, no una falla en el servicio público, porque éste no se está prestando como emanación de una función estatal, sino como la explotación de una actividad de carácter comercial a la que se llega, previo convenio.

"Y en tales condiciones, el contratante perjudicado por el incumplimiento del otro, debe acudir a demandar tal y no a una acción de reparación directa, porque la obligación del estado surge de su condición de cocontratante y no de otra, acción que en el presente caso debe ejercitarse ante la jurisdicción ordinaria.

"Son distintas las acciones derivadas de una falla de la administración, del obrar del estado como tal, en ejercicio de actividades propias y exclusivas de él de las desplegadas como comerciante, aunque ellas las cumpla a través por una entidad territorial como es el municipio. Y por tanto ha de concluirse, que existiendo un contrato que vincula a las partes, ante todo debe invocarse la declaración de incumplimiento del mismo, so pena de fracasar.

"Y al no hacerlo así, sino por la segunda vía, la demandante acude equivocadamente.

"Por ello, en desacuerdo con el colaborador Fiscal han de negarse las pretensiones de la demanda y declararse probada la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda.". (folios 86 a 90 del Cdno No. 1).

- II -

SUSTENTACION DEL RECURSO

A folios 92 y siguientes del Cuaderno No. 1, obra el escrito en que el apoderado del demandante hace sus valoraciones de naturaleza jurídica y fáctica, orientadas a defender la perspectiva desde la cual él ha estudiado el caso, para lo cual discurre, en lo pertinente dentro del siguiente universo:

"Pero desde la posición del señor Agente del Ministerio Público, quien vela por la sociedad y porque se restituya los derechos lesionados, es bien claro que debe resarcirse el daño al señor Pedro Antonio Albarracín y expone criterios con abundancias de profundamente jurídicos y a todas

luces lógico, para evitar que un ciudadano común y corriente, pierda su vehículo cuando lo ha confiado al parqueadero del DATT., y entre otras cosas afirma el señor Agente del Ministerio Público:

"...Considera esta Agencia Fiscal, que las pruebas allegadas al proceso, esto es, el comprobante expedido por el funcionario del Departamento Administrativo de Tránsito y Transporte, distinguido con el No. 260932 relacionado con el parqueo del vehículo de placas AQ 0286; la copia auténtica de la denuncia penal formulada por el denunciante sobre la pérdida del automotor de las instalaciones del DATT -Alamos-, así como los testimonios rendidos por la señora ANA RITA BAUTISTA DE ALBARRACIN y el señor ALVARO ERAZO PAZ, analizados todos en su conjunto, a diferencia de lo que estima la apoderada de la entidad demandada, permiten afirmar que dan plena convicción en el sentido que el automotor el día de marras fue dejado en el parqueadero que tiene al servicio del público la entidad demandada, pero infortunadamente al ir a retirarlo su propietario no lo encontró.

"Jurisprudencialmente se ha sostenido que los elementos tipificadores de la responsabilidad objetiva de la administración consiste en una falla o falta en el servicio por acción u omisión por el daño o perjuicio causado y la relación de causalidad existente entre dichos extremos. En el caso que nos ocupa, para la Fiscalía Resulta evidente que existe un comportamiento omisivo por parte de los funcionarios de la Tesorería del DATT, o personal encargado de la vigilancia del parqueadero a ellos asignados, como se colige del documento que obra a folio 11 del informativo, consistente en que recibieron el automotor tantas veces citado, cuya constancia de recibo se comprueba con la boleta No. 260932, permitiendo la entrega del vehículo o retiro a persona diferente de su propietario. En cuanto al daño o perjuicio, está comprobado que el señor ALBARRACIN es el dueño del vehículo, luego, al desaparecer indudablemente se le ocasionó un perjuicio a su patrimonio. Por tanto, existe relación de causalidad entre la conducta o comportamiento omisivo y el perjuicio causado, integrándose de esta los requisitos de la responsabilidad estatal...".

"Pero es que realmente le asiste toda la razón al señor Agente del Ministerio Público, ya que los requisitos exigidos por la norma para que se reconozca a mi poderdante las indemnizaciones correspondientes se hayan reunido y en consecuencia debió el H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca proceder así.

"No se puede pregonar de ninguna manera que exista total independencia entre el parqueadero de la Tesorería del Datt y ésta entidad, ya que precisamente, el parqueadero es parte de la oficina de Tesorería, para brindar comodidad a los contribuyentes. Es parte importante de la misma

entidad, es un servicio público que presta la entidad y de allí su ascendencia sobre el parqueadero.

"Por el simple hecho de cobrar un dinero el parqueadero a los contribuyentes que asisten a la Tesorería, no se puede afirmar que es un servicio privado e independiente de la entidad, No señores Magistrados, el cobro por guardar el vehículo en el parqueadero no desliga de ninguna manera a la entidad, ya que este dinero es solo una contraprestación del servicio, pero que no le da carácter de independiente. Todos afirman que es el parqueadero del DATT y por eso lo construyeron, para prestar un servicio público pero a las personas que van generalmente al DATT.

"Si falla este servicio como ocurrió con el vehículo del señor PEDRO ANTONIO ALBARRACIN, deben responder la administración y nunca el parqueadero separadamente, ya que la responsabilidad es de los empleados del Datt que tienen que ver con el servicio de parqueo.

"Existe a todas luces relación entre el servicio del parqueadero con la Tesorería del DATT, de allí que se construyó cerca para uso de las personas que van a esa dependencia. No se debe de ninguna manera permitir que actos tan deshonestos como los permitidos por los encargados del parqueadero quede impune, puesto que se seguiría cometiendo estas atrocidades y nadie respondería. La administración es la directamente responsable de la falla en los servicios y por ende, responsabilizarla a cancelar los valores que reclamamos justamente.

"Los Honorables Magistrados a quienes les corresponderán pronunciarse sobre este recurso, consideran todos los elementos de juicio que reposan en la plenaria y harán brillar la justicia para la familia ALBARRACIN quienes su único sustento es su vehículo que desapareció del parqueadero de la Tesorería del DATT. ":(folio 94 a 96 del Cdno No. 1).

- III -

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

A) La sentencia impugnada será revocada y en su lugar se anulará todo lo actuado por falta de jurisdicción.

En el caso *sub-exámine* no hay espacio para la duda que impida concluir que el vehículo marca Ford, Llanero, Modelo 1.982, con placas A: Q: 0286, fue entregado al parqueadero del Departamento Administrativo de Tránsito y Transporte de Bogotá en virtud de un contrato de depósito, real porque se perfeccionó con la entrega de la cosa, y oneroso porque se aceptó pagar la suma de diez pesos ($10.00) por hora o fracción, como se desprende del tiquete de entrada No. 260932, que obra al folio 8 del Cuaderno No. 1. Este

acto jurídico, por lo mismo, no encuadra entre los que el artículo 16 del Decreto 222 de 1.983, clasifica como contratos administrativos, que a la luz del citado precepto son los siguientes:

1o.- Los de concesión de servicios públicos.

2o.- los de obras públicas.

3o.- Los de prestación de servicios.

4o.- Los de suministros.

5o.- Los interadministrativos internos que tengan estos mismos objetos;

6o.- Los de explotación de bienes del Estado.

7o.- Los de empréstito.

8o.- Los de crédito celebrados por la Compañía de Fomento Cinematográfico -FOCINE-

9o.- Los de conducción de correos y asociación para la prestación del servicio de correo aéreo; y

10o- Los que celebren instituciones financieras internacionales públicas, entidades gubernamentales de crédito extranjeras y los organismos internacionales, con entidades colombianas, cuando no se les considere como tratados o convenios internacionales.

Tampoco se vivencia, en el caso en comento, que en el citado contrato de depósito se hubiese pactado la cláusula de caducidad, circunstancia que de haberse dado, le permitiría a la jurisdicción de lo contencioso administrativo conocer de los conflictos de intereses surgidos con ocasión de su celebración y ejecución, por expresa autorización del parágrafo del artículo 17 del citado estatuto, que a la letra reza:

"Parágrafo.- No obstante, *la justicia contenciosa administrativa conocerá también de los litigios derivados de los contratos de derecho privado en que se hubiere pactado la cláusula de caducidad...*". (Subrayas de la Sala).

En la materia que se estudia tanto la jurisprudencia de la Sala, como la doctrina, han sido claras en precisar el universo del contrato administrativo y el de jurisdicción competente para conocer de los conflictos que con ocasión de los mismos se suscitan. Así, en auto de esta Sala, calendado el 9 de marzo de 1.988, Expediente Nro. 4913, Consejero Ponente, Dr. Antonio J de Irisarri Restrepo, se precisó:

"La clasificación de los contratos entre los derechos privado y los de derecho público o administrativo es un tema que aún no ha encantado suficientemente la jurisprudencia ni la doctrina. Por ejemplo, esta Corporación ha emitido diversos conceptos sobre el particular, uno de los cuales señalo diez criterios diferenciadores, los cuales le permitieron a la Sala de Consulta y Servicio Civil concluir que "un contrato es administrativo cuando, autorizado por la Ley, es celebrado por un organismo de la administración para realización de sus fines, sujetándolo total o parcialmente a reglas especiales de derecho público, porque así lo dispone o autoriza la Ley, estipulando cláusulas que son de forzosa aceptación para el particular contratista. (Concepto de 4 de abril de 1974 "anales del Consejo de Estado". T. LXXXVI, p. 22 y ss.).

"Para elucidar el tema de la ubicación de los contratos en el campo del derecho privado o en el derecho público, conviene recordar que esa diferenciación no ha sido el resultado de un capricho ni de un ejercicio meramente académico. Tal clasificación es el resultado de la necesidad, recogida por el legislador de dar a los contratos que la administración celebra, un tratamiento legal diferente en algunos aspectos al que le da a los que celebran los particulares, cuando la regulación establecida para la contratación entre estos últimos resulta inconveniente o insuficiente para atender los supremos intereses del Estado, que se identifican con los de la comunidad en general.

"Dicho de otro modo: cuando el legislador comprendió que el derecho común, diseñado desde el antiguo derecho romano con el criterio de regular los negocios entre particulares, en todos los casos no se acomodaba suficientemente a las necesidades de contratación de los entes públicos, decidió someter ciertos contratos a normas especiales con el objeto de satisfacer esas necesidades. Así nació el concepto diferenciador entre el contrato de derecho privado y el contrato administrativo, regido éste último por algunas normas especiales de derecho público, en la medida en que esas regulaciones especiales eran necesarias para atender aspectos de interés general y, por lo tanto esas normas especiales no podían ser desconocidas por los particulares en una relación contractual con el Estado, ni mucho menos por los encargados de administrar la cosa pública.

"Esa evolución explica que los contratos que celebra la administración estén, al menos en principio, regulados por aquellas normas de derecho común elaboradas para regular la contratación entre particulares, porque así lo han sido tradicionalmente, y además pero de manera especial, por las normas de contratación administrativa que creó el legislador específicamente para ese tipo de contratos, con el fin de sustraerlos total o parcialmente a la aplicación de ese régimen ordinario.

"Esa misma evolución explica la aparición de figuras tan propias de la contratación pública, como la terminación anticipada y unilateral del contrato o la caducidad administrativa, nacida en principio como sanción de la administración al contratista incumplido, carácter que aún conserva, pero ahora extendida además a otras situaciones que no constituyen reproche para el contratista particular; como la facultad de dirección y control de la administración sobre la ejecución del contrato; como el poder de modificación unilateral o "jusvariandi", del objeto del contrato; como el poder sancionador de la administración, para apremiar al contratista; como el poder de liquidar y cobrar directamente al contratista sin acudir a los jueces, los perjuicios derivados de su incumplimiento; etc. A estas facultades se les denomina "Cláusulas exorbitantes".

" Y como compensación, también aparecieron otras figuras destinadas a defender al contratista particular de los posibles abusos de la administración, como el principio de la ecuación financiera, según el cual al contratista se le debe reconocer el valor real de su prestación, incluida una justa utilidad, cuando hechos sobrevinientes, no imputables a el, varíen en su contra el costo de ejecución del contrato. Este principio es desarrollo del concepto según el cual en la contratación pública el contratista particular es un "colaborador" de la administración y no su "contraparte", como suele ocurrir en los contratos de contraprestación entre particulares.

"En conclusión: los contratos que celebre la administración unas veces son exclusivamente de derecho privado, porque el legislador no ha querido variar su régimen legal y autoriza que la administración concurra al contrato como cualquier particular; pero otras veces son de derecho público porque el legislador ha querido que el ente público concurra al contrato de un modo diferente a como concurriría cualquier particular.

"Pero, en el derecho colombiano, a partir del Decreto 222 de 1983, se adoptó como sistema de clasificación de los contratos, el del criterio legal, según el cual solo son administrativos los que la Ley clasifique expresamente de tales; los demás "son contratos de derecho privado de la administración.": (Diccionario Tomo IX, Volumen primero, pag. 369).

Dentro de la misma perspectiva jurídica discurre el Dr. Libardo Rodríguez R, quien enseña:

"C) Análisis de la solución colombiana. La solución adoptada por la legislación colombiana para identificar los contratos administrativos y los contratos de derecho privado de la administración es sencilla y, en principio, fácil de aplicar.

"Sin embargo, recordemos que al comienzo de este capítulo decíamos que la distinción entre las dos clases de contratos de la administración tenía dos consecuencias importantes: por una parte, en cuanto al régimen jurídico aplicable, pues a los contratos administrativos se les aplicarán normas y principios de derecho público, mientras que a los de derecho privado de la administración se les aplicarán las normas del derecho común; por otra parte, respecto a la jurisdicción competente, ya que los litigios que tengan origen en un contrato administrativo serán competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa, mientras que los que resulten de contratos de derecho privado de la administración serán competencia de la jurisdicción común.

"A este respecto, la solución colombiana consagra como principios estas mismas ideas, pero establece algunas excepciones que si bien se explican jurídicamente, desdibujan la distinción entre contratos administrativos y contratos de derecho privado de la administración adoptada por la legislación colombiana, permitiendo pensar que dicha distinción no obedece a un criterio de fondo sino a la simple voluntad legislativa, que podría ser calificada. de arbitraria y caprichosa.

"Es así como el inciso final del art. 16 del decreto-ley 222 de 1983, después de definir que son contratos de derecho privado de la administración todos aquellos diferentes de los que la ley califica expresamente de administrativos, manifiesta que los de derecho privado de la administración estarán sujetos en sus efectos a las normas civiles, comerciales y laborales, según la naturaleza de los mismos, salvo en lo concerniente a la caducidad.

"Por otra parte, debe tenerse en cuenta que el estatuto contractual de la administración, lo mismo que los Códigos Fiscales de los departamentos y municipios y en general las normas que se expidan para reglamentar los contratos de las entidades públicas, no solo se refieren a los contratos administrativos, sino también a los contratos de derecho privado de esas entidades. De tal manera que como esas normas son de derecho público, ello quiere decir que a los contratos de derecho privado de la administración se les aplican normas de derecho público, no solo en lo referente a la caducidad, sino también en los demás aspectos a que se refieren esas normas especiales.

"A su vez, el art. 17 del mismo estatuto, al reglamentar lo relacionado con la jurisdicción competente para resolver los litigios que surjan de los contratos de la administración, manifiesta que "la clasificación de contratos administrativos determina que los litigios que de ellos surjan son del conocimiento de la justicia contenciosa administrativa; los que se susciten con ocasión de los contratos de derecho privado, serán de conocimiento de la justicia ordinaria.".

"No obstante, el parágrafo del mismo art. 17 consagra dos excepciones. En primer lugar manifiesta que la jurisdicción contencioso-administrativa también conocerá de los litigios derivados de los contratos de derecho privado en que se hubiere pactado la cláusula de caducidad. Esta posibilidad se explica por el hecho de que las cláusulas exorbitantes ya no constituyen el criterio identificador de los contratos administrativos, de tal manera que puedan existir contratos de derecho privado de la administración con cláusula de caducidad.

"Pero si son contratos de derecho privado, la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa debería entenderse como excepcional, solo para los litigios que tengan que ver con la cláusula de caducidad, pues no parece lógico pensar que esta jurisdicción especial sea competente para reconocer de todos los litigios resultantes de un contrato de derecho privado por el solo hecho de que contenga una cláusula de derecho público que, como quedó visto no cambia la naturaleza del contrato. Además, esta norma debería interpretarse en concordancia con el inciso final del art. 16, del cual resulta que si un contrato de derecho privado de la administración contiene la cláusula de caducidad, estará sujeto a las normas del derecho común, salvo únicamente en lo concerniente a esa cláusula. Sin embargo, el Código Contencioso Administrativo en sus arts. 83, 128, 131 y 132, ha confirmado la competencia general de la jurisdicción administrativa en relación con los litigios sobre contratos de derecho privado en que se pacte la cláusula de caducidad.": (Derecho Administrativo General Colombiano. Sexta Edición. Temis. pags. 312 a 313 Cdno. No. 1).

B) Dentro de la óptica que se deja estudiada, no puede el actor desnaturalizar las esencias jurídicas que tiene el conflicto de intereses, para presentar una demanda con la filosofía de la FALLA DEL SERVICIO, cuando en puridad de verdad se trata de un problema de responsabilidad contractual, de naturaleza estrictamente civil, y, por lo mismo, de conocimiento de la justicia ordinaria.

En reiteradas ocasiones la Corporación ha predicado que no es dable a quien acude a los Tribunales trocar ni calificar adlibitum las especies jurídicas, como no es potestativo de quien administra justicia prescindir de los ordenamientos procesales, ni pretender desvirtuar, interpretando, aquellos que son suficientemente explícitos (Sentencia de 23 de Junio de 1.970).

Cuando se acude en demanda de justicia, se debe litigar a CIENCIA Y CONCIENCIA, para facilitar la definición de los distintos procesos y para no generar, por contera, un desgaste de jurisdicción.

No siendo, pues, la jurisdicción de lo contencioso administrativo la competente para conocer del presente conflicto de intereses, se impone, como

ya se dijo, la anulación de todo lo actuado a partir del auto calendado el día diez (10) de Octubre de mil novecientos ochenta y ocho (1.988) inclusive.

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

RESUELVE:

1o.) Decrétase la nulidad de todo lo actuado en el presente proceso a partir del auto calendado el día diez de Octubre de mil novecientos ochenta y ocho (1.988), inclusive, por falta de jurisdicción.

2o.) Ejecutoriada la presente providencia, devuélvase el expediente al tribunal de origen.

COPIESE Y NOTIFIQUESE

Daniel Suárez Hernández, Presidente de Sala; *Carlos Betancur Jaramillo, Juan De Dios Montes Hernández, Julio César Uribe Acosta.*

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

JUICIO CIVIL DE POLICIA / AMPARO DE POSESION / JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA / COMPETENCIA.

El caso bajo examen es un juicio de carácter civil, mediante el cual el Idema buscó el amparo de la posesión de un bien inmueble, razón por la cual esta jurisdicción carece de competencia para examinar la legalidad de la decisión adoptada. La conclusión anterior en nada se resiente con el derecho de que en el proceso policivo haya sido parte una empresa industrial y comercial del Estado, participación que no cambia la naturaleza de la actuación ni de las decisiones que se profieran; de lo contrario tendríamos que sostener el absurdo de que los procesos adelantados ante esta jurisdicción son administrativos por la calidad de las partes que en ellos intervienen. La Sala no encuentra asidero probatorio alguno para aplicar la disposición contenida en el artículo 21, parágrafo, de la Ley 30 de 1988 que autoriza el control jurisdiccional contencioso administrativo de las providencias que profieran las autoridades de policía "en relación con el amparo y perturbación de la posesión de bienes inmuebles rurales"; nada en el proceso indica que el inmueble en cuestión tenga dicha calidad.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera

Santafé de Bogotá, D.C., Septiembre cuatro (4) de mil novecientos noventa y dos (1992)

Consejero Ponente : *Doctor Juan de Dios Montes Hernández*

Referencia: Expediente N°. 5102 Actor : Santander Caro Barrios.-

Resuelve la Sala el recurso de apelación que interpusieron los demandantes en contra de la sentencia inhibitoria que pronunció el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Bolivar el 23 de octubre de 1986.

ANTECEDENTES PROCESALES

1. El 18 de octubre de 1982, por medio de apoderado judicial, SANTANDER CARO BARRIOS, CELINA PAYARES DE CARABALLO, MEILA SANDOVAL DE TORRES, JESUS VELASQUEZ CARMONA, MILTON TORRES SALGADO, VICTOR GARCIA ZABALETA, FRANCISCO SALGADO, WILFREDO TERAN CABARCAS, PRODIGA CABARCAS DE TERAN, DELFINA SANDOVAL DE CARRASCAL, CAMILO DIAZ VILLALBA Y MARELVIS DEL RIO DE MENDOZA, con fundamento en el precepto contenido en el artículo 67 de la Ley 167 de 1941, presentaron demanda ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Bolívar, en la cual formularon estas pretensiones:

"Primera.- Que se declare la nulidad de la Resolución No. 003 de 18 de agosto de 1982, expedida por el señor Alcalde Municipal de Marialabaja, así como la nulidad de todos aquellos actos que son consecuencia de la expedición de la mencionada Resolución Nº 003 de agosto 18 de 1982.

"Segunda.- Que se ordene el restablecimiento de los señores: SANTANDER CARO BARRIOS, CELINA PAYARES DE CARABALLO, MEILA SANDOVAL DE TORRES, JESUS VELASQUEZ CARMONA, MILTON TORRES SALGADO, VICTOR GARCIA ZABALETA, FRANCISCO SALGADO, WILFREDO TERAN CABARCAS, PRODIGA CABARCAS DE TERAN, DELFINA SANDOVAL DE CARRASCAL, CAMILO DIAZ VILLALVA Y MARELVIS DEL RIO DE MENDOZA, es decir, que sean restablecidas en el predio que ocupan u ocupaban antes de la expedición de la Resolución No. 003 de 1982 que resolvió el desalojo de los lotes que mis mandantes tenían en posesión.

"Tercera.- Que como consecuencia de la anterior solicitud de restablecimiento de mis mandantes en el predio que ocupan u ocupaban antes de la Resolución Nº 003 de 1982, se ordene el pago de todos los daños que ocasione tal Resolución así como los perjuicios e indemnizaciones que le correspondan y a que tienen pleno derecho". (fl. 7 C. 1).

2. Como fundamento de lo pedido, los demandantes narraron los hechos siguientes:

"Primero.- Por medio de la Resolución No. 003 de 18 de agosto de 1982, el señor Alcalde Municipal de Marialabaja, declaró el desalojo

de las personas - entre las cuales se encuentran mis mandantes - de un predio situado en las inmediaciones de Marialabaja-. Este predio tiene las siguientes colindancias por el Norte carretera principal de por medio y predios de MELANIO PEREZ y ANDRES TERAN NARVAEZ, por el sur predio de sucesores de ESTEBAN SALGADO, por el este con predio de Las instalaciones del Idema y por el oeste con predio de Cayetano Pérez.

"Segundo.- El señor Alcalde Municipal de Marialabaja al declarar el lanzamiento o desalojo de las personas que ocupaban el predio antes mencionado violó el Decreto 1355 de 1970 (Código Nacional de Policía) en su artículo 126, puesto que no tuvo en cuenta las pruebas para probar la posesión, sino para probar la propiedad, hecho este que corresponde a la justicia ordinaria.

"Tercero.- Mis mandantes observan con extrañeza que en los considerandos es esta resolución, no solamente se tiene en cuenta las pruebas que conciernen al derecho de propiedad, sino que también se ve claramente que dicha Resolución ataca la separación de poderes consagra en nuestra Constitución cuando está resolviendo cuestiones que corresponde a la justicia ordinaria rama penal tal como el delito de invasión contemplado en la parte inicial de los considerandos.

"Cuarto.- Mis mandantes tienen el carácter de ocupantes de buena fe de un predio que tenía más de 15 años de estar totalmente abandonado, pero en la Resolución No. 003 de 18 de agosto de 1982 sin tenerse en cuenta siquiera las pruebas sumarias de la posesión - porque en ella no se mencionan - les desconoce tal derecho.

"Quinto.- Mis mandantes se hicieron parte en el proceso por medio de apoderado pero en la Resolución en mención se dice que dicho poder otorgado a un abogado carece de fecha, desconociéndose por la autoridad que la única fecha que necesitan los poderes es la del momento de su presentación y dicho poder la tiene.

"Sexto.- Mis mandantes varias veces le solicitaron la derogación de la Resolución No. 003 de 18 de agosto de 1982, a la autoridad que la dictó, por existir el convencimiento íntimo de que es ilegal y fue hecha con abuso y desviación de poder, pero el gobierno no ha querido derogarla, por lo que se presenta esta demanda de nulidad contra dicha Resolución, que también fue expedida en forma irregular." (fls. 7 y 8 C. 1).

3. Citaron como violados, los artículos 126 del Decreto Nº 1355 de 1970; y 2º y 3º del Decreto Nº 992 de 1930; respecto del concepto de violación dijeron:

"Mediante la Resolución No. 003 de 18 de agosto de 1982, el señor Alcalde Municipal de Marialabaja, declaró el desalojo o lanzamiento de mis mandantes del predio que ocupan ubicado en las inmediaciones de la cabecera municipal de Marialabaja. El señor Alcalde de Marialabaja al dictar la Resolución acusada, violó el Decreto Nacional No. 1355 de 1970 - Código Nacional de Policía- en su artículo 26, así mismo violó los artículos 2o. y 3o. del Decreto Nacional 992 de 1930 según la primera norma - Art. 26 del Decreto 1355 de 1970 - Las pruebas que se presenten para acreditar el dominio o propiedad no se tendrán en cuenta, no se considerarán y las autoridades de policía y el Alcalde lo es, no podrán decidir sobre aspectos de propiedad, controvirtiéndolos, aclarándolos, otorgándolos, modificándolos o cualquier otra actuación sobre propiedad o dominio. Quiso el legislador dejar esta situación para que sea resuelta por la Justicia ordinaria y son los jueces de la República, en la Rama Civil quienes pueden derimir (sic), declarar, disponer de quién es la propiedad de un inmueble, pero no las autoridades de Policía.

"En cuanto a las violaciones de los artículos 2o. y 3o. del Decreto Nacional 992 de 1930 éstas son por extensión por cuanto dichos artículos reglamentan cómo debe ser el trámite en un proceso de ocupación (sic), pero en la Resolución mencionada se tienen en cuenta otros factores, esto de conformidad con los considerandos de la Resolución. El trámite a seguir fue desconocido y se tienen en cuenta otras consideraciones y lo que debió ser un memorial, fue una denuncia penal, desconociéndose el art. 2o. del referido decreto, todo lo que persiguen estos artículos violados es de que al señor Alcalde al dictar la Resolución tuviera en cuenta los trámites que se exigen para producir tal medida pero no ocurrió así. Cuando la ley dispone que un acto debe ser de tal forma y su expedición no se consulta a ese tramite (sic) dicho acto debe ser anulable. Cuando el artículo 3o. de este decreto pide que se aporte prueba sumaria, lo que persigue es de que el demandante pruebe de que es poseedor y no propietario, porque lo asignado al estudio y decisión de las autoridades de policía son las medidas para proteger la posesión y no la propiedad. Por eso resalta que en los considerandos no se tengan en cuenta estas pruebas sumarias, ni se diga que valor tienen, ni a su vez se establezca los linderos para saber que predio es, lo que hoy es un desconocimiento amplio y general del trámite del proceso para un desalojo. Todo lo anterior viene a demostrar que mis mandantes no pueden ser desalojados sin llenarse previamente los requisitos legales y expedirse en legal forma la resolución en mención. Y como no se llenaron los requisitos legales, tanto que los considerandos no guardan armonía jurídica con la parte Resolutiva hubo violación por parte del señor Alcalde Municipal de Marialabaja al dictar la Resolución No. 003 de 18 de agosto de 1982 y por lo tanto la declaratoria de nulidad se impone definitivamente". (fls. 3 a 9 C. 1).

4. El Tribunal admitió la demanda; negó la suspensión provisional de los actos acusados; notificó el auto admisorio al alcalde municipal de Marialabaja (fl. 29); finalizado el término de fijación en lista se surtieron los traslados para alegar de conclusión; las partes no hicieron pronunciamiento alguno; el Fiscal del Tribunal estimó que las pretensiones planteadas no debían prosperar (fls. 34 y 35).

5. Las razones de la inhibición se expresan por el *a-quo* bajo este texto:

"El artículo 82 inciso final, del nuevo C. C. A., dispone:

"Artículo 82

"...

"La jurisdicción en los contencioso administrativo no juzgará las providencias dictadas en juicios de policía de carácter penal o civil, ni las sanciones que imponga el Tribunal Disciplinario.'

"El acto acusado mediante la presente demanda, es la Resolución Nº 003 de fecha 18 de agosto de 1982, emanada de la Alcaldía Municipal de María La Baja, que es un acto originario de un juicio de policía de naturaleza civil, por lo cual, de conformidad con la norma transcrita anteriormente, no es acusable ante la jurisdicción contenciosa administrativa.

"Sobre este punto ha dicho el Consejo de Estado que hay juicios de policía de naturaleza civil, cuando se trata de controversias entre particulares sobre responsabilidad contravencional, decididas por el funcionario de policía y que semejantes resoluciones, dados sus fines, están expresamente excluidas del control jurisdiccional contencioso administrativo: 'tales, por ejemplo, las dictadas por las autoridades de policía con motivo de los juicios posesorios y de las acciones de amparo de marcas.' (Auto de Feb. 2/62, Anales Tomo IXIV).

"Al ser el acto acusado el resultado de un juicio de policía escapa al control jurisdiccional contencioso administrativo, por tanto esta jurisdicción no es competente para conocer de ella, y en consecuencia deberá declararse Inhibido para resolver en el fondo": (fls. 45 y 46 C. 1).

6. En el escrito de sustentación, el apelante expresó:

"las razones que infirman (sic) mi posición y por consiguiente mi petición son las siguientes:

"Ia) El criterio jurídico, expuesto por el Honorable Tribunal de Bolivar en la sentencia que apelo, en el sentido de afirmar que el acto acusado (Resolución No. 003 de agosto 18 de 1982) es originario de un juicio de naturaleza civil y como tal, no es acusable ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, no es correcto ni legalmente aceptado por este apelante, como espero que dicho criterio jurídico sea desatendido por los Honorables Magistrados del Consejo de Estado, por lo que seguidamente manifiesto: Para que halla (sic) JUICIO DE POLICIA DE NATURALEZA CIVIL, es necesario, como lo expresa en forma clara y rotunda el AUTO DE FEBRERO 2 de 1982 -ANALES TOMO LXIV, citado como argumento en las consideraciones de la Sentencia apelada, que haya controversias entre PARTICULARES sobre Responsabilidad contravencional, decididas por el funcionario de Policía. Pero es el caso, de que la controversia NO ES ENTRE PARTICULARES, sino entre una ENTIDAD DE DERECHO PUBLICO, calificada dentro de las denominadas EMPRESAS COMERCIALES DEL ESTADO, como lo es el INSTITUTO DE MERCADEO AGROPECUARIO (IDEMA) y varias personas naturales, que son mis poderdantes. Como consecuencia de no ser ENTRE PARTICULARES la controversia sucitada (sic) y en la cual el funcionario de Policía, que rea -sic- el Alcalde Municipal de Marialabaja, dictó una Resolución, como si se tratara de un JUICIO de los llamados de naturaleza civil (Juicio Posesorio para el caso), resulta lógico y legal, que el acto acusado SI encaja perfectamente entre los que son ACUSABLES ANTE LA JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA, quedando pues, contemplado dentro del Art. 82 del C.C.A., incisos uno y dos de ese artículo y como tal se debió dictar Sentencia correspondiente y no declararse inhibido para fallar dicho juicio.

"Era perfectamente observable tal situación por que al hacerse parte la EMPRESA COMERCIAL DEL ESTADO (IDEMA), que fue la parte que inició acciones, al presentar su Director para esa época señor RODRIGO SANCHEZ TAPIAS, denuncia penal como lo expresa el punto primero de los considerandos de esa Resolución que obra como prueba en dicho proceso (este que apelo), se varió indiscutiblemente la competencia para el funcionario de Policía (Alcalde Municipal) y éste debió de abstenerse de proferir tal Resolución, por lo que injusto y arbitrario resultó muy perjudicial para mis poderdantes, pero él no lo hizo así, quedando como consecuencia que ellos por medio de apoderado legalmente constituido pidieran la Nulidad del acto acusado con todas las consecuencias que de dicha nulidad dimanen de conformidad con nuestra petición.

"Resulta bueno aclarar o complementar, que por mandato legal, las Empresas Comerciales del Estado están vinculadas a la Administración Pública y sujetas a su orientación, coordinación y control, en los términos

de las leyes y estatutos rijan (sic) (Parágrafo único del Art. 1º del Decreto 1050 de 1968). Así mismo, está establecido que los actos que realicen tales Empresas Comerciales, para el cumplimiento de las funciones administrativas que les haya conferido la ley son ACTOS ADMINISTRATIVOS (Art. 31 del Decreto 3130 de 1968): Esto último está plenamente confirmado de acuerdo a lo expresado por el CONCEPTO de 11 de diciembre de 1970, rendido por el Consejo de Estado, que manifiesta que los actos referentes a la creación, organización y relaciones con la administración central son de carácter administrativos y como tales están regidos por normas de derecho público.....' Por todas estas razones resulta aceptado que el acto acusado, al intervenir una Entidad Pública, como parte, hizo que su naturaleza cambiara y tomara concepción de un ACTO ADMINISTRATIVO y por ende sea la JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA quien debe resolver la litis.

Es que en resumen, el fondo de todo este proceso (el que se inició) en la Alcaldía de Marialabaja, es de que un funcionario de Policía (El Alcalde) dictó un esperfectro (sic) que dijo ser una resolución, SIN TENER COMPETENCIA para ello, porque tal competencia se le escapó al iniciar la acción una EMPRESA COMERCIAL DEL ESTADO (IDEMA) que no es un PARTICULAR, para que se pudiera dar el presupuesto necesario para que el proceso fuera de los denominados 'JUICIOS DE NATURALEZA CIVIL' O JUICIO POSESORIO' como lo determina el auto citado en la sentencia, quedando como consecuencia lógica y necesaria que es a la JURISDICCION DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO a quien le corresponde la Nulidad de dicha resolución.

"Expuestas mis razones de orden legal y de hechos para que sea revocada la Sentencia apelada, paso a informar el por qué dicha resolución además de las ya expuestas razones, es o debe ser anulada, en la forma como lo pedí en mi demanda. Esta segunda razón es la siguiente:

"2ª) Esta resolución es nula por particular en su forma y en su fondo de muchos vicios que inexorablemente la hace anular, para sintetizar un poco, menciono unos pocos de esos vicios de ilegalidad:

"a) -Hay incompetencia por parte del funcionario de policía que la dictó, cuando entra a dictar una resolución, cuando lo presentado por el representante del IDEMA fue una denuncia penal por el delito de Invasión que se haya contemplado en Código Penal Colombiano. Se viola con esta actitud el artículo 55 de nuestra Constitución Nacional, que establece la Separación de poderes de las ramas del poder Público, esto lo informo en mi demanda en el numeral (3) tercero de los Hechos de la misma.

"b) -Hay abuso o desviación de poder, acompañada de falsa motivación, cuando en ella procede a un desalojo sabiendo que no se podía hacer por las razones anotada. El señor funcionario de Policía debió manifestarle al denunciante que él no podía hacer tal desalojo y que concurriera a la Justicia ordinaria y no dictar la Resolución acusada. Otra prueba más de lo que afirmo en este literal b, es de que los considerandos de esta Resolución, se dice, mostrándose un elevado grado de falta de seriedad y coherencia, indistintamente los 'OCUPANTES DE HECHO', 'LOS INVASORES', 'LOS PERTURBADORES' como si no fueran tres situaciones diferentes, las calidades mencionadas. Es así como para resolver, cuando no tenía por que hacerlo por las tantas anotas (sic) razones, la situación el 'pleito' entra a resolver basado en el decreto 1999 de 1940 (Correspondiente para los perturbadores) situaciones que de acuerdo con los considerandos de su propia resolución son ocupantes de hecho algunas veces e invasores en otras. Que falta de seriedad tan alarmante.

"Es por ello que en mi demanda manifiesto que entre los FUNDAMENTOS JURIDICOS de la misma, se encuentra el artículo 66 del Antiguo Código Contencioso Administrativo, porque dicha resolución adolece de todos los vicios de ilegalidad contemplados en el inciso segundo de ese artículo y como hecho positivo (sic) registro que dos años después fuera este argumento del inciso citado, recogido por el Decreto 01 de 1984 (Nuevo C.C.A.) para todas las acciones de tipo administrativo que se adelante para nulidad de los actos administrativos". (fls. 56 a 58 C. 1).

7. La Fiscalía Segunda del Consejo de Estado considera que esta Corporación carece de competencia para conocer del recurso, porque:

"a) - La Resolución impugnada fue expedida por el Alcalde de Marialabaja (Bolívar).

"b) - El acto que se demanda no tiene cuantía por tratarse de una orden de desalojo de invasores de un terreno.

"c) - El municipio de Marialabaja no es capital de departamento.

"d) - No se acreditó que el presupuesto anual del municipio sea mayor de $30.000.000.oo

"Lo anterior indica que el negocio es de aquellos que contempla el ordinal 2o. del art. 131 C.C.A. para fijar su competencia como de única instancia ante los Tribunales Contencioso Administrativos, que dice:

"' Competencia de los Tribunales Administrativos en única instancia:

"'...

"'2. De los de restablecimiento del derecho, que carezcan de cuantía, y en los cuales se contraviertan actos administrativos del orden municipal, cuando el municipio no sea capital de departamento o su presupuesto anual ordinario no exceda de $30.000.000.oo.

"Se concluye de esta manera que el Consejo de Estado no tiene competencia para conocer del recurso de apelación interpuesto en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Bolívar y en consecuencia deberá anularse la actuación surtida en esta Corporación." (fls. 65 a 66 C. 1).

LA SALA CONSIDERA

A. En relación con el concepto de la Fiscalía, la Sala se estima competente para resolver el recurso por cuanto para la época de la presentación de la demanda (18 de octubre de 1982) no regía el Decreto 01 de 1984 sino la Ley 167 de 1941 (artículo 52) con las modificaciones introducidas por el Decreto 528 de 1964 y la Ley 22 de 1977.

De otra parte, por si duda subsistiese, hay que recordar que, conforme al criterio de la Corporación, el dubio se debe resolver en favor de la procedencia del recurso, con mayor razón hoy, cuando constitucionalmente figura consagrado el principio en el artículo 31 de la Carta Política.

B. La inhibición del Tribunal se apoyó en el argumento esencial de que el acto cuya realidad se demanda no es acusable ante esta jurisdicción.

El recurrente considera que la participación de una empresa industrial y comercial del Estado en la controversia policiva impide que el acto que la desata tenga carácter jurisdiccional, revistiéndolo de naturaleza administrativa y, por lo tanto, controlable ante esta jurisdicción. Dado que no se solicitó ni practicó ningún medio de prueba en el proceso, la Sala no tiene alternativa distinta de sujetarse estrictamente al texto de la resolución Nº 003 del 18 de agosto de 1982 expedida por el Alcalde Municipal de Marialabaja; expresa dicha providencia:

"RESOLUCION Nº 003

"POR MEDIO DE LA CUAL SE ORDENA EL LANZAMIENTO DE UN GRUPO INDETERMINADO DE PERSONAS QUE EL DIA 31 DE JULIO INVADIERON LOS TERRENOS DONDE SE ENCUENTRAN UBICADAS LAS INSTALACIONES DEL IDEMA Y QUE SON DE PROPIEDAD EXCLUSIVA DEL MISMO. EL

ALCALDE DEL DISTRITO EN USO DE SUS FACULTADES Y EN ESPECIAL LAS CONFERIDAS EN EL ARTICULO UNICO DEL DECRETO 1.999 DE 1.940, y que a la letra dice:

"' Las Autoridades de Policía podrán evitar las vías de hecho en fondos rurales de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 32 de la Ley 200 de 1936, siempre que la acción pertinente se instaure dentro de los 30 días subsiguientes a la ejecución del primer acto perturbatorio o modificativo de un estado de hecho existente con anterioridad a él.

"CONSIDERANDO

"Que el día dos (2) de Agosto del año 1982, fue presentado ante ese Despacho denuncia encontra (sic) desconocidos por el delito de invación (sic) denuncio éste presentado por el señor RODRIGO SANCHEZ TAPIA.

"Que el señor Rodrigo Sánchez Tapia, conforme el acto de posesión presentado ante esta Alcaldía conjuntamente con el denuncio prueba (sic) esta importante para el adelanto del proceso.

"Que a dicho denuncio se anexó además fotocopia de la escritura Pública del IDEMA debidamente autenticada y registrada en donde aparece claramente deslindada tal propiedad.

"Que los terrenos en donde se encuentran los invasores u ocupantes de hecho constituyen parte integral de los terrenos que son de propiedad del IDEMA evidenciados en la visita que fue practicada al lugar en la fecha tres (3) de Agosto de 1982.

"Que tal adquisición (sic) la hiso (sic) el Idema a través de resolución número 0080, de abril 5 de 1978, en la cual el Incora autorizó a la Entidad Inagraria (sic) para enajenar en favor del Instituto de Mercadeo Agropecuario Idema cuya copia se encuentra anexada al proceso debidamente autenticada.

"Que la Entidad Idema le ha dado a tales terrenos el uso para el cual fueron cedidos conforme estipulación en las cláusulas 1ª y 2ª de dicha resolución.

"Que los invasores presentaron como apoderado del proceso al Dr. Dalmiro Pérez Narváez , carente de fecha.

"Que el Abogado Dr. Dalmiro Pérez Narváez en la diligencia de defensa de sus poderdantes no aporta las pruebas necesarias y contundentes que demuestren el derecho de posesión o de propiedad del bien en mención.

"Que en tales virtudes y teniendo en cuenta las pruebas que aporte el IDEMA que con pruebas evidentes del derecho de propiedad que este Instituto tiene sobre el bien en referencia este Despacho Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

"RESUELVE:

"PRIMERO: Ordénese el desalojo de los Invasores del predio de propiedad del Idema en cuestión, y hágase desaparecer los vestigios el acto perturbatorio.

"ARTICULO SEGUNDO: Comisiónese al Comandante de la Sub-Estación de Policía, acantonada en este lugar, y si fuere necesario solicitar refuerzo de la Policía.

"ARTICULO TERCERO: De reincidir en los actos perturbatorios previstos se harán merecedores a las sanciones que emane la Autoridad competente.

"CUMPLASE

"Dada en Marialabaja Bolívar a los 18 diez y ocho días del mes de agosto del año mil novecientos ochenta y dos 1982." (fls. 10 y 10 vto, C. 1).

Pese a la imprecisión terminológica, por lo demás perfectamente comprensible, queda claro lo siguiente:

1. Que el 2 de agosto de 1982, el IDEMA presentó una querella policiva en contra de algunas personas indeterminadas que habían invadido terrenos de su propiedad.

2. Al proceso se presentaron opositores apoderados por el Dr. Dalmiro Pérez Narváez; se desconoce si entre ellos participaron los demandantes.

3. Se practicaron algunas pruebas.

4. Se adoptó la decisión que antes se reprodujo.

Así vistas las cosas, es indudable que la razón está de parte del a-quo, cuando estima que este acto, por concluir un juicio civil no es cuestionable jurisdiccionalmente.

Siendo la policía administrativa un mecanismo de acción del Estado que lo faculta para restringir las libertades individuales, lo normal es que los actos que se expiden como fruto de su ejercicio tengan control jurisdiccional;

la tesis contraria significaría abrir un boquete de arbitrariedad en la acción del Estado que contradice frontalmente los principios que orientan el Estado de Derecho.

Así lo ha establecido, de antiguo, la jurisprudencia preocupada siempre por conservar el necesario equilibro entre el ejercicio del poder y el de la libertad.

Sin embargo, desde la ley 167 de 1941 se había previsto que "no son acusables ante la jurisdicción contencioso administrativa.... las resoluciones que se dicten en los juicios de policía de naturaleza penal o civil...." (artículo 73 - 2º); la disposición se conservó, con modificaciones de redacción, en el Decreto extraordinario Nº 01 de 1984 (artículo 82) y en el Nº 2304 de 1989 (artículo 12); en este último se agregó que dichos juicios debían estar "regulados especialmente por la ley", con lo cual se introdujo un elemento que contribuye a dar claridad al precepto.

Esta base legal permite reiterar el control jurisdiccional contencioso administrativo a que están sometidas, por regla general, las actuaciones policivas; excepcionalmente, escapan a dicho examen "las decisiones proferidas en juicios civiles o penales de policía regulados especialmente por la ley".

La nueva Constitución Política confirmó la deducción jurisprudencial que había encontrado la razón de ser de la excepción en el carácter jurisdiccional que revestían tales decisiones; así lo consagró en el artículo 116, inciso 3º: Excepcionalmente la ley podía atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas. Sin embargo, no les será permitido adelantar la instrucción de sumarios ni juzgar delitos."

Todo lo dicho sirve para concluir que en el caso bajo examen se trata de un juicio policivo de carácter civil, mediante el cual el IDEMA buscó el amparo de la posesión de un bien inmueble, razón por la cual esta jurisdicción carece de competencia para examinar la legalidad de la decisión adoptada.

La conclusión anterior en nada se resiente con el hecho de que en el proceso policivo haya sido parte de una empresa industrial y comercial del Estado, participación que no cambia la naturaleza de la actuación ni de las decisiones que se profieran; de lo contrario tendríamos que sostener el absurdo de que los procesos adelantados ante esta jurisdicción son administrativos por la calidad de las partes que en ellos intervienen.

Esta posición no contradice tampoco la tesis que sostuvo la Sala en auto del 3 de mayo de 1990 (expediente 5911 - actor: Noel Barragán), pues los hechos discutidos en aquel entonces se referían a la recuperación policiva de un bien de uso público y no a la controversia en torno de la propiedad y de la

posesión de un bien fiscal, de acuerdo con la clasificación del artículo 674 del C. C.A.

De otro lado, la Sala no encuentra asidero probatorio alguno para aplicar la disposición contenida en el artículo 21, parágrafo de la Ley 30 de 1988 que autoriza el control Jurisdiccional Contencioso Administrativo de las providencias que profieran las autoridades de policía "en relación con el amparo y perturbación de la posesión de bienes inmuebles rurales"; en efecto, nada en el proceso indica que el inmueble en cuestión tenga dicha calidad.

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

FALLA:

Confírmase la sentencia apelada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de fecha septiembre tres (3) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Daniel Suárez Hernández, Presidente de la Sala; *Juan De Dios Montes Hernández, Carlos Betancur Jaramillo, Julio César Uribe Acosta,*

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

CONTRATO ADMINISTRATIVO/CADUCIDAD

El sentenciador de instancia empezó a contar el término de 3 años a partir del momento en el tiempo físico en que se suspendieron las obras, pero olvidó que la sociedad demandante no tuvo certeza de que no se le pagarían sino cuando los representantes del Instituto de Crédito Territorial hicieron entrega de los terrenos, instalaciones y obra, al nuevo contratista. Para el *ad quem* el tiempo de caducidad empezó a correr a partir de esta última fecha; la caducidad solo empezó a correr cuando la firma demandante vivenció que las vías del entendimiento razonable quedaban definitivamente cerradas, pues en ese momento, en el tiempo físico, se le entregó a la sociedad "....los terrenos, instalaciones y obra, de acuerdo al contrato..." que con esta entidad había celebrado.

ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA/HIPOTESIS DEL NO DERECHO

La Administración debe pagar las obras ejecutadas con su asentimiento expreso o tácito, en la etapa pre-contractual, con el fin de evitar un enriquecimiento sin causa. La firma demandante ejecutó unos trabajos que incrementaron el patrimonio del INSTITUTO DE CREDITO TERRITORIAL (Hoy INURBE), los cuales, al no ser pagados, dieron lugar a un enriquecimiento sin causa. No tiene sentido patrocinar la conducta de la administración que niega el pago sin entrar a examinar su actitud permisiva, inspiradora de CONFIANZA, y señal inequívoca de asentimiento. El sentenciador se encuentra, pues, frente a un caso mas en que se pone en marcha la HIPOTESIS DEL NO DERECHO, que es la ausencia de ésta en cierto número de relaciones humanas en que él tenía vocación técnica suficiente para estar presente. Se adjudicó el contrato a la firma

demandante, pero antes de que este se suscribiera, se toleró que el actor ocupara los terrenos y llevara a cabo trabajos substanciales.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera

Santafé de Bogotá, D.C., Septiembre diez (10) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente : *Doctor Julio César Uribe Acosta.-*

Referencia: Expediente N°. 6822. Actor : Sociedad Suramericana de Construcciones S.A. Demandado: INSTITUTO DE CREDITO TERRITORIAL

Agotada la tramitación procesal de ley, sin que se observe causal de nulidad que vicie la actuación, procede la Sala a desatar el recurso de apelación interpuesto por el procurador judicial de la parte actora contra la sentencia calendada el día veinticinco (25) de Abril de mil novecientos noventa y uno (1.991), proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en virtud de la cual éste declaró probada la excepción de caducidad, por las razones que se precisan en el referido proveído.

Para la mejor comprensión jurídica de todas las circunstancias legales, generales y particulares del caso, se transcribe a continuación lo pertinente del fallo, en el cual se razona judicialmente dentro del siguiente temperamento:

"En la demanda presentada ante esta Corporación la sociedad SURAMERICANA DE CONSTRUCCIONES S.A., por intermedio de apoderado, formula las siguientes pretensiones:

""*PRIMERA*: Que se declare responsable y en consecuencia se condene al Instituto de Crédito Territorial, establecimiento público del Orden Nacional, adscrito al Ministerio de Desarrollo Económico a pagar a la Sociedad Suramericana de Construcciones S.A. la suma que corresponda a la obra realizada por esta última en predios del primero, ubicados en esta ciudad (Municipio anexado de Engativá), en orden a la conclusión de 1981 apartamentos y la ampliación de 980 de ellos, con inclusión de las inversiones en materiales, maquinaria, equipos, sueldos y salarios.

""La cifra a que se refiere esta petición deberá reajustarse con base en los índices de precios del DANE, por el tiempo comprendido entre el 8 de marzo de 1982 y la fecha del pago.

""*SEGUNDA*.- Que se condene al mismo Instituto a pagar a la sociedad demandante los intereses comerciales sobre la suma reajustada, a partir

del 8 de marzo de 1982, fecha en la cual debió cubrirse el valor de la inversión realizada por la sociedad demandante.

""*TERCERA*.- Que se condene al pago de intereses comerciales sobre la suma líquida de la condena, durante los seis meses siguientes a la ejecutoria y moratorios, de ahí en adelante."

"Desde el punto de vista jurídico las pretensiones se sustentan en el principio general de derecho en virtud del cual nadie puede enriquecerse sin justa causa y en detrimento del patrimonio de otro, por lo cual la demanda hace relación al fundamento doctrinario y jurisprudencial de la denominada "actio in rem verso" o acción por enriquecimiento incausado," (folios 251-252. C.1)...

"CONSIDERACIONES DE LA SALA

"I. Se pretende en este proceso obtener que se declare la responsabilidad del Instituto de Crédito Territorial y se le condene al pago de una obra realizada por Suramericana de Construcciones .S.A. en predios de propiedad del mismo con los intereses comerciales de la suma respectiva desde el 8 de marzo de 1.982 hasta la fecha en la cual se solucione la obligación, además del reajuste de valores con base en los índices de precios certificados por el DANE dentro del mismo período de tiempo enunciado anteriormente.

"Sustenta la demanda la pretensión procesal en que la sociedad "SURAMERICANA DE CONSTRUCCIONES S.A." ejecutó parte de la obra destinada a la construcción de 1.980 apartamentos y la ampliación de 980 de ellos, en terrenos de la Urbanización Bachué, ubicada en el Distrito Especial de Bogotá, y de propiedad del Instituto de Crédito Territorial. Según la actora, la ejecución de esa parte de la obra produjo como consecuencia de que el instituto la autorizó para ocupar físicamente los terrenos con personal, materiales y equipos a partir del 21 de diciembre de 1.981, además de iniciar los trabajos de construcción correspondientes, todo ello sin que se hubiera celebrado el contrato del caso pero partiendo del supuesto de que tal negocio jurídico se celebraría en un futuro cercano para lo cual el área jurídica de la entidad administrativa redactó y aprobó el texto del caso el cual fue aceptado incondicionalmente por la sociedad, a pesar de lo cual el 3 de marzo de 1.982 la Junta Directiva del Instituto revocó la autorización que se había concedido para celebrar el contrato, el 8 de marzo se impartió la orden para que se suspendiera `por parte de Suramericana de Construcciones S.A. la construcción de la obra y, finalmente, el 3 de febrero de 1.983 desalojarla físicamente de los terrenos que ocupaba.

"Se funda, entonces, la demanda en que el Instituto de Crédito Territorial se enriqueció injustamente con la parte de obra ejecutada *entre el 21 de diciembre de 1.981 y el 8 de marzo de 1.982* en la Urbanización Bachué de propiedad del primero. Se trata así del ejercicio de la denominada "Actio in rem verso" o acción de enriquecimiento incausado que, en la jurisdicción contencioso Administrativa se enmarca dentro de la acción de reparación directa prevista por el artículo 86 del C.C.A.

"II. En las anteriores circunstancias la Sala encuentra necesario establecer cuando empieza a contarse el término de caducidad en este tipo de acciones y cuál es el régimen aplicable a la misma dado el ámbito temporal dentro del cual sucedieron los hechos.

"a) La acción *in rem verso* o de enriquecimiento sin causa deviene de que se haya obtenido una ventaja patrimonial injustificada a favor de alguien y me lleve consigo un empobrecimiento correlativo de otra persona dando origen a un desequilibrio de los dos patrimonios sin que exista causa jurídica que lo sustente por lo cual la persona empobrecida tiene derecho a que el enriquecido le repare el daño que ha sufrido.

"Así las cosas aparece en forma nítida que la caducidad de la respectiva acción se debe contar desde el momento en que se configuran y concretan el enriquecimiento y el empobrecimiento correlativo porque al concretarse ellos el empobrecido tiene certeza sobre la naturaleza o identidad del daño lo cual a su vez lleva consigo que a partir de ese momento pueda acudir al juez en ejercicio de la acción pertinente.

"Es indudable, entonces, que en casos como el que aquí se debate, en los cuales el enriquecimiento incausado deviene de la ejecución de una obra por parte de un particular que pasa a ser propiedad de la administración sin que exista título jurídico a favor de ésta, la caducidad debe empezarse a contar a partir del día en que el particular cesa su acción y termina la obra porque en ese momento se concretan los dos extremos de la acción de enriquecimiento incausado y surge para el particular la facultad de acudir a la jurisdicción contencioso administrativa para que allí se defina el conflicto y de prosperar la pretensión se declare el enriquecimiento y se condene a la administración al pago de las sumas de dinero que restituyan el equilibrio patrimonial.

"En el *sub-lite* no solo se desprende de los hechos 4 y 16 de la demanda, sino que se encuentra plenamente demostrado por medio de documentos aportados por la parte actora o allegados a solicitud de la misma (Fols 148. cuad. 1, 107, 117, 118, 123, 124, 130 vto, 144, 148, 150, 154, 155, 164, 214-cuaderno 3-) que la obra cuya ejecución sustenta las pretensiones procesales se inició el 21 de diciembre de 1.981 y se terminó el 8 de marzo de 1.982. Lo mismo se desprende del *petitum* de la

demanda dentro del cual se solicita la actualización de las sumas que se establezcan como costo de la obra y el pago de intereses sobre las mismas a partir del 8 de marzo de 1.982, lo cual indica claramente que la parte actora parte de la base de que en esa fecha se terminó la ejecución de obra.

"Aparece, así, en forma nítida que en el *sub-lite* la caducidad debe contarse a partir del 8 de marzo de 1.982 fecha en la cual el actor terminó de ejecutar la obra que sirve de fuente a la pretensión derivada del enriquecimiento incausado.

"b) Dado el espacio temporal dentro del cual se dieron los hechos (entre el 21 de diciembre de 1.981 y el 8 de marzo de 1.982) la norma que regía la caducidad en aquella época para este tipo de acciones era el artículo 28 del Decreto 528 de 1.964 que establecía un plazo de tres años para tales efectos, pero como a partir del 1o. de marzo de 1.984 empezó a regir el Decreto 01 del mismo año que contiene el Nuevo Código Contencioso Administrativo el cual en su artículo 136 consagra un plazo de dos años para que se produzca la caducidad de la acción, se presentan dudas en cuanto al término aplicable cuando, como en este caso, los hechos se produjeron en vigencia de la primera norma y la demanda se presenta cuando ya regía la segunda.

"En cuanto a esta situación la jurisprudencia del Consejo del Estado ha sido clara y adecuada a la interpretación de esta clase de normas cuando en forma reiterada ha dicho que en estos casos se deben aplicar las siguientes pautas:

""a) Los asuntos de reparación directa venían sometidos al término de caducidad de tres años, señalado en el artículo 28 del Decreto 528 de 1.964, contados a partir de la ocurrencia del hecho perjudicial;

""b) El nuevo código administrativo redujo el término a dos años (artículo 136, inciso 4);

""c) La aplicación de esta norma en sólo para el futuro, y en principio únicamente para la caducidad de las acciones derivadas de hechos ocurridos desde el primero de marzo de 1.984 (iniciación de la vigencia del Código);

""d) La caducidad de las acciones por hechos anteriores está gobernada por regla general, por el artículo 28 del decreto 528. Pero como no puede alegarse un derecho adquirido a un determinado término procesal, como es el de caducidad, la regla que lo modifica es de aplicación inmediata;

""*De allí que si cuando empezó a regir el Código Administrativo faltaba por correr menos de los dos años señalados en éste,. la caducidad se gobierna en un todo por el término vigente cuando ocurrió el hecho perjudicial*; pero sí faltaban más de dos años y no se había presentado la demanda, ésta tenía que formularse a mas tardar el primero de marzo de 1.986, fecha de vencimiento del nuevo plazo" (Subraya fuera del texto) (Sentencia del 22 de Mayo de 1987, ratificada entre otras por sentencia de 8 de agosto de 1.987 y 23 de noviembre del mismo año, todas ellas del H. Consejo de Estado Sección Tercera.-)

"En el presente caso con los hechos ocurridos a mas tardar el 8 de marzo de 1.982, por lo cual al entrar en vigencia el Decreto 01 de 1.984 (1o. de marzo del mismo año) faltaban menos de dos años para que se produjera el fenómeno jurídico de la caducidad, y la situación estaba gobernada por el término vigente cuando ocurrió el hecho (3 años), lo cual indica que el plazo vencía el 8 de marzo de 1.985.

"Como la demanda solamente fue presentada el 23 de enero de 1.986, lo fue más de tres años después de producirse el hecho generador de la acción, por lo cual incuestionablemente se había presentado la caducidad de la acción.

"Es de anotar que la demanda indica en el hecho 17 que Suramericana de Construcciones S.A fue desalojada de los lotes en que se localizó la obra el 23 de febrero de 1983, pero si ello es así en nada incide en la configuración de la caducidad puesto que así permaneciera ocupando el predio hasta tal fecha, la obra que generó el enriquecimiento sin causa se terminó, como ya se dijo, el 8 de marzo de 1.982 y es a partir de tal fecha que se debe empezar a contar el término". (folios 256-260, C.1).

-II-

SUSTENTACION DEL RECURSO

A folios 263 y siguientes del Cuaderno Nro. 1, obra el escrito en que el apoderado de la firma demandante hace sus valoraciones de naturaleza jurídica y fáctica, orientadas a defender la perspectiva desde la cual él ha estudiado el caso, para lo cual argumenta dentro del siguiente temperamento:

"II. LOS FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACION.

"*Primero.*

"El "*a-quo*" incurre en *grave equivocación* cuando sostiene que el momento a partir del cual debe contarse el término de la caducidad es el 8 de marzo de 1982, cuando "el actor terminó de ejecutar la obra que

sirve de fuente a la pretensión del enriquecimiento incausado". Si, como en efecto la pretensión tiene ese fundamento, es apenas elemental pensar que el punto de partida para contar el término de la caducidad sea el momento en que el Inscredial se apropió indebidamente de la obra ejecutada por mi mandante sin reconocer el valor de la misma; fue entonces cuando se consumó el enriquecimiento de la Administración Pública a costa del empobrecimiento del otro. Anteriormente, cuando en forma definitiva se le impidió a Suramericana de Construcciones la continuación de las obras, surgió para el Inscredial la obligación de pagar sus costos y si hubiere procedido así, como ocurre normalmente entre personas honorables, no se hubiere producido el enriquecimiento sin causa, al satisfacerse un pago plenamente justificado y no estaríamos en este proceso.

"Pero las cosas no ocurrieron de esta suerte. La verdad real y la que aparece acreditada plenamente en los autos en que Suramericana de Construcciones S.A. después de agotar todos, los medios de persuación a su alcance, trató infructuosamente de obtener el pago a que tenía derecho, hasta cuando fue sorprendida (sic) *el 7 de febrero de 1983* con la entrega hecha por el Instituto a la firma (Inversiones Fervel Ltda" de los terrenos de la Urbanización Bachué, con las *instalaciones y obras* allí existentes, vale decir de la obra ejecutada hasta entonces, por Suramericana de Construcciones. En este instante se consumó, pues, la *apropiación indebida* de las obras ejecutadas por mí mandante al hacer entrega de ellas el Instituto, como si fueran propias, para que este tercero continuara los trabajos de la Urbanización Bachué. Así pues, el 7 de febrero de 1983, al materializarse la apropiación de la obra ejecutada, (*apropiación que fue indebida* porque no estuvo precedida del reconocimiento de su valor) fue cuando quedó configurado *el hecho del enriquecimiento ilícito* que aún subsiste y que constituye la fuente de la reparación que se reclama.

"Cuando el Inscredial impide a Suramericana la terminación de las obras iniciadas, surge para el primero la obligación de pagarlas. Si lo hubiera hecho, habría quedado restablecida la justicia; pero no solamente no lo hizo, sino que aportó las obras impagadas para la ejecución de otro contrato con un tercero, como si fueran propias !!!. En ese instante se consumó la injusticia, cuya reparación pretendo.

"Obra en el expediente al folio 67 del cuaderno 2, copia al carbón pero con firmas originales del Acta de entrega de obras hechas por el Instituto de Crédito Territorial el 7 de febrero de 1983 a la Sociedad Inversiones Fervel Ltda de las obras realizadas en la Urbanización Bachué por mi mandante con el fin de dar principio a la ejecución de un contrato suscrito entre dichas entidades bajo el No. 013/82. Dicho documento público, que obra original en el expediente y que está suscrito por el Subgerente

del Inscredial y por el Gerente de Fervel *es plena prueba de la apropiación indebida de las obras*, o sea, de la consumación del enriquecimiento injusto y de la fecha de su ocurrencia.

"La demanda que dio origen a este proceso fue presentada por mí. el 23 de enero de 1986, o sea dos años, once meses y 15 días después de consumado el enriquecimiento, vale decir cuando aún no habían transcurrido 3 años de ocurrido el hecho generador de la pretensión propuesta y que era el término de caducidad vigente cuando ocurrieron los hechos, según el Decreto 528 de 1964. Sí, por lo demás se tiene en cuenta que cuando entró en vigencia el nuevo código (Decreto 01 de 1984), o sea el 1o. de marzo de 1984 faltaban menos de dos años para vencerse la caducidad, es el caso de aplicar la jurisprudencia del Consejo de Estado, contenida en sentencias, del 8 de agosto y del 23 de noviembre de 1989 que cita el "*a-quo*".

"*Segundo.-*

"Se dice en la sentencia que, como yo solicito en la demanda el reconocimiento de intereses del capital invertido en las obras a partir del 8 de marzo de 1982, tácitamente admito esa fecha como punto de referencia para contar el término de la caducidad. Pero como decía el Dr. Absalón Fernández de Soto, "una cosa es una cosa y otra cosa es otra cosa". Esos intereses los retrotraigo a la fecha en que el Inscredial impidió la continuación de las obras, porque desde ese momento le surgió la obligación de pagarlas y como no lo hizo se causó un lucro cesante que debe ser reconocido. Cosa bien diferente es la fecha de consumación del enriquecimiento injusto, esto es cuando se produce la apropiación de las obras sin haberlas pagado previamente, ni con posterioridad.

"Llamo la atención del Consejo sobre esta manera ilógica de razonar, de la cual deriva el Tribunal un argumento erróneo y que contradice, no sólo los términos de la demanda, sino todo su contexto.

"*Tercero.-*

"La sentencia contiene además un *grave error jurídico procesal* al pronunciarse de mérito, denegando las súplicas de la demanda, con fundamento en la prosperidad de la "excepción perentoria de caducidad".

"En efecto, la caducidad según la doctrina y el derecho positivo es un presupuesto de admisibilidad de la demanda por que *impide el proceso, por extinción del derecho de acción.* En efecto el artículo 85 del C. de P.C., aplicable en lo pertinente al proceso contencioso administrativo, prescribe que el Juez rechazará de plano la demanda cuando exista

término de caducidad para instaurarla, si de aquella o sus anexos aparece que el término está vencido (# 7 inc. 3o).

"Lo anterior ha sido reconocido por la jurisprudencia del Consejo de Estado, contenida en numerosos fallos, entre los cuales me permito citar uno del 17 de julio de 1986, Sección 3a, con Ponencia del Dr. Jorge Valencia Arango, (Anales T. CXI # 492, 1986, 2o. semestre, pág. 516) que, en lo pertinente dice:

""La caducidad, pues, impide el proceso -por extinción- del derecho de acción. La prescripción liberatoria le pone fin al proceso, propuesto por el demandado.

"9. Y así está regulada la caducidad en el derecho colombiano.

"a) El artículo 85 del C. de P.C., que autoriza el rechazo "INLIMITE" de la demanda, entre otros casos, cuando el Juez carezca de jurisprudencia o competencia o cuando se haya consumado la caducidad. Se impide, pues, el proceso. La caducidad es un impeditivo procesal.

"b) El artículo 308 del C. de P.C., concede dos meses para pedir la liquidación de la condena en abstracto y dice:

"Vencido dicho término, caducará el derecho reconocido 'IN GENERE' y el juez rechazará de plano la liquidación, que se le presente".

"A pesar de los términos antitécnicos, claramente se ve que el derecho que caduca no es el genérico y abstracto de la sentencia, sino el derecho de acción de la liquidación, se hace imposible el proceso de liquidación.

"c) El artículo 83 del antiguo C.C., al hablar de la acción de plena jurisdicción, decía:

"La encaminada a obtener una reparación por lesión de derechos particulares "prescribe", salvo disposición legal en contrario, al cabo de cuatro meses a partir de la publicación, notificación o ejecución del acto, o de realización el hecho y operación administrativa que cause la acción".

"Aunque expresamente habla de "prescripción", doctrina y jurisprudencia entendieron caducidad y mas adelante se examinarán las consecuencias diversas de considerar el fenómeno prescripción o caducidad.

"d) Por su parte, el artículo 28 del Decreto-ley 528 de 1964, dispuso: "la competencia para conocer de las acciones indemnizatorias por hechos y operaciones de la Administración está condicionada a que dichas

acciones se instauren dentro de los tres años siguientes a la realización del hecho u operación correspondiente".

"No hay duda alguna. Aquí se consagra el fenómeno de la caducidad, como extinción del derecho de acción (en su moderna concepción), como impeditivo procesal, como extinción de la competencia (mejor de la jurisdicción del Estado) para conocer de tal acción por el solo transcurso del tiempo.

"e) Y conforme al nuevo C.C.A. (D.L. 001 de 1984), según el 4o. inciso del artículo 136, "la reparación directa (indemnizatoria extracontractual) y cumplimiento y la definición de competencias caducará al vencimiento del plazo de dos años contados a partir de la producción del acto o hecho".

"Lo que, confirma los lineamientos que se han dejado hechos sobre la naturaleza del fenómeno de la caducidad como extintiva del derecho de acción."

"Si, pues, la caducidad es un impeditivo procesal, extintivo del derecho de acción, y por ende, de la competencia jurisdiccional, lo normal es que sobre él se resuelva cuando se examinan los presupuestos procesales de admisibilidad de la demanda. Pero como puede ocurrir que, por falta de prueba suficiente o de certeza sobre ello, el asunto quede diferido para la sentencia. En tal hipótesis, verificada la caducidad, el problema que se le plantea al fallador es el de su incompetencia para decidir de mérito, por *extinción del derecho de acción.* En tales condiciones debe hacerse esta declaración inhibiéndose de un fallo de mérito para el cual carece de competencia.

"En el caso de autos, el Tribunal declaró la caducidad y falló de mérito denegando las súplicas de la demanda. Como quien dice: *ya que soy incompetente para fallar, absuelvo al demandado.*

"No ocurre lo propio con la prescripción, cuya ocurrencia afecta el derecho sustancial, por lo cual el fallo que la declara probada en una decisión de fondo que implica la denegación de la pretensión propuesta.

"III. *LA VISTA FISCAL EN LA PRIMERA INSTANCIA.*

"Incorporo a este escrito las consideraciones que me suscitó el concepto del Ministerio Público, en la primera instancia, que se menciona en la sentencia recurrida. Estimo que pueda ser útil para la dilucidación de algunos aspectos del problema planteado.

"Se dijo allí, lo siguiente: "La Fiscalía afirma, sin previo examen y análisis, que esta demanda plantea un caso idéntico al fallado en la referida sentencia, pero sin precisar el contenido de la otra demanda por lo cual nada puedo decir al respecto porque sencillamente no la conozco.

"En derecho procesal es preciso tener absoluta claridad sobre conceptos básicos como *la acción, la pretensión y la petición* para no incurrir en confusiones que oscurecen y "matan" el derecho.

"No considero que esta sea oportunidad propia para un estudio profundo sobre el tema y por ello me referiré a lo mas pertinente. "La pretensión procesal es una noción relativamente nueva en la doctrina moderna, que tuvo consagración legal en el Derecho colombiano, desde 1971. Se distingue de la acción que es un poder o facultad general que las personas tienen para invocar y pedir el ejercicio de la jurisdicción o de su actividad, facultad que resulta satisfecha con el ejercicio de la simple actividad procesal del Juez, independientemente del sentido favorable o desfavorable de su decisión. Pero al ejercitarse la acción (facultad abstracta) se plantea también en la demanda una situación concreta, con base en la cual se pide también que se obligue a un tercero, el demandado, o sea la persona contra la cual se dirige la pretensión a reconocer a hacer algo con fundamento en unos hechos y en unos preceptos jurídicos dentro de los cuales cabe "subsumir" los primeros.

"Por consiguiente, la pretensión tiene tres partes o elementos: 1) sus fundamentos fácticos o de hecho 2) sus fundamentos en derecho o causa formal de pedir y 3) la petición. Las leyes procesales de todos los países del mundo occidental, y entre ellas la nuestra, disponen que estos elementos se enuncien en la demanda por separado (artículo 75 del C.P.C. y art. 137 del C.C.A.). En tal virtud, para tener la noción exacta de la pretensión que se ha formulado es preciso considerar conjuntamente los hechos, los fundamentos en derecho y las peticiones para relacionarlos, unos con otros, pues solo el conjunto de los tres elementos permite precisar *lo que se pretende.*

"Un examen simple de las peticiones, haciendo abstracción de los restantes elementos daría un concepto equivocado e incompleto de la pretensión, porque está en un todo, conformado por los tres elementos ya dichos. En tal virtud, es lógico que si la propia ley determina que tales elementos se enuncien como queda expresado, sería redundante e inocuo y hasta antiestético repetir la "causa pretendi" o los hechos en el acápite de las peticiones. Sin embargo la señora Fiscal echa de menos la "*causa pretendi*" dentro de las peticiones, para concluir que la demanda es substancialmente inepta !!!.

"En varios de los hechos de la demanda que dio lugar a este proceso o y, particularmente en los distinguidos con los números 19, 20 y 21 se enunció que la sociedad demandante ejecutó, a su costa, unas obras por instrucciones del ICT, el cual y solo él beneficio de ellas. Por otra parte en los fundamentos jurídicos, tales hechos se califican expresamente como un "*enriquecimiento sin causa*" y finalmente con base en lo anterior se pide que se condene al I.C.T. a pagar la suma que se deduzca pericialmente, y que corresponda al valor de las obras realizadas que aprovecharon al I.C.T, y empobrecieron al demandante.

"Leída la demanda en su integridad y apreciada como un todo, como es debido, se llega a una conclusión contraria a la superficial de la Fiscalía, vale decir que la pretensión si se formuló completa y que la demanda es *en exceso apta* para merecer un pronunciamiento de fondo, el cual debe ser, además, favorable a la pretensión porque las pruebas que se aportaron acreditan plenamente los hechos aducidos, vale decir el enriquecimiento y el empobrecimiento correlativo, amén de que no uno y otro carecen de causa justificativa, tanto en la realidad como en la esfera del derecho." (folios 264-269, C.1).-

-III-

CONDUCTA PROCESAL DEL MANDATARIO DEL CENTRO DE IMPUTACION JURIDICA DEMANDADO

Dentro del término que brinda la ley alegó de conclusión, para *EXPONER*:

"1. LA CONTROVERSIA

"En lo fundamental, puede afirmarse que la controversia promovida por SURAMERICANA DE CONSTRUCCIONES está enderezada a que se le pague el valor de las obras supuestamente realizadas por ella en terrenos del INSTITUTO DE CREDITO TERRITORIAL, por considerar que el INSTITUTO se apropió de las mismas enriqueciéndose sin justa causa, y se le condene, además, al pago de los intereses y de la desvalorización monetaria que hayan tenido las deudas desde que las mismas se causaron hasta la fecha.

"Habiéndose producido concepto negativo de la fiscalía, el Tribunal del conocimiento despachó negativamente las pretensiones de la demanda por considerar que se dada, sin daba alguna, el fenómeno de la caducidad de la acción, por haber transcurrido más de tres años entre la fecha en que concluyeron las obras supuestamente realizadas y aquella en que se presentó la demanda. Y en sustento de su conclusión trajo a cuento

recientes interpretaciones del Honorable Consejo de Estado, concretamente de las que su Sección tercera ha hecho en materia de caducidad para interpretar armoniosamente el alcance de los decretos 528 de 1.964 y 01 de 1.984; este último, mediante el cual se puso en vigencia el Código Contencioso Administrativo.

"2. LA ACTUACION DEL DEMANDANTE

"Dicho con todo el respeto que bien merece mi ilustre contradictor y refiriéndome, en concreto, a la actuación de la entidad que él representa y que, en alguna forma, viene a reflejarse en los términos de la demanda, debo comenzar por expresar a esa superioridad mi inquietud por un fenómeno reiterado que prueba cómo un contratista puede valerse de recursos censurables, creando una situación tan confusa que lo anime a esperar de la misma un beneficio absolutamente indebido, frente a los derechos legítimos que pudiera tener.

"Al efecto, téngase en cuenta las siguientes consideraciones, indispensables para comprender el alcance de esta controversia y de la censura que la conducta de la constructora merece:

"2.1. La precipitada ocupación del terreno

"Siendo este tipo de contratos de la administración, eminentemente formales, conociendo el contratista, como profesional que era, la necesidad de celebrarlos como único soporte válido e incuestionable para llevar a cabo sus obras, estando vigentes decretos que regulaban el régimen de los contratos cofinanciados, el mismo día en que supuestamente recibió autorización para hacerlo, esto es, el 21 de diciembre de 1.981 procedió, de inmediato, como lo anota en el hecho cuarto de la demanda, a ocupar el terreno con las edificaciones inconclusas que allí se encontraban construidas.

"La situación era irregular a todas luces, por más que se pretenda cubrirla ahora afirmando la existencia de una imaginaria urgencia del Estado, pues no podía entenderse cómo, finalizando una administración del Instituto y concluyendo el año, en plenas fiestas decembrinas, pudiera hacerse nada distinto de crear una verdadera situación de hecho -buscada y aceptada por el constructor- para obtener de ella los audaces beneficios implícitos en las pretensiones del proceso.

"En efecto, ¿cómo permitir todo el procedimiento de la contratación recibiendo unos terrenos y embarcarse en unas obras al cierre del año, cuando ni disponibilidad de mano de obra se consigue? ¿Cómo no tomar la elemental precaución de establecer, de manera cierta e inequívoca, por acta levantada con los funcionarios del INSTITUTO, el estado en

que se encontraban las obras en curso que habían sido suspendidas de tiempo atrás, por las diferencias surgidas con el contratante anterior?

"Si los contratos se celebran de buena fe y si el contratista quería prestar una colaboración al INSTITUTO por la supuesta urgencia que tenía que concluir, al cierre del año, unas obras que llevaban seis años paralizadas y que, en todo caso, tenían que tomar no menos de siete meses para concluirlas, como se afirma, ¿cómo llevar materiales, equipos y personal a "continuar una obra" sin saber ni precisar cuál era la realizada hasta ese momento, cuál su estado, cuál su valor y, por consiguiente, cuál el punto de partida de su trabajo?

"Pero es mas, la sentencia de esa Honorable Sala de 11 de octubre de 1.984, transcrita parcialmente por el demandante, bastaría para descalificar su actuación por temeraria y constituye voz de alerta sobre lo que sería una gravísima aplicación del reconocimiento de la "prestación de hecho de un servicio" o la "realización de hecho de una obra", llevándose de calle todas las normas -y con ello la seguridad jurídica- que regulan e imponen requisitos para contratar.

"En efecto, en dicha Sentencia se reconoce que la empresa de vigilancia "Madriñán, Micolta y Compañía Ltda. Patrol" actuó a pedido expreso de ADPOSTAL prestando un servicio en obedecimiento a una situación excepcional que vivía en el momento esta última" porque, como la providencia lo reconoce en los hechos *probados*, en parte no transcrita por el demandante", la administración lo hizo (ordenar el servicio) movida por la situación de emergencia que se le había creado a raíz de la terminación del contrato de vigilancia celebrado entre ADPOSTAL y ASOSECOL y *que dejó los bienes estatales en total desprotección a partir del 15 de mayo de 1.982*". (ANALES DEL CONSEJO -1984- Tomo CVII- año LIX-p.786, subrayamos)

"No cabía duda, entonces, que entre la inactividad -por falta del contrato- y el riesgo por falta del servicio de seguridad requerido por ADPOSTAL, se presentara un desequilibrio tal, en términos de los intereses comunitarios que debían protegerse, que resultara necesario afrontar la *emergencia* vivida y comprometer al particular a prestar el servicio en consideración a esas circunstancias excepcionales.

"¿Pero cuál podría ser la justificación que permitiera un tratamiento similar en el caso de autos? ¿Cuál la urgencia de ocupar una obra a menos de 10 días hábiles de terminar el año? ¿Cuál la emergencia social para una obra que llevaba seis años paralizada? No, Honorables Magistrados, la actuación precipitada, desafiando el ordenamiento vigente, fue propiciada por el mismo constructor para crear una situación de hecho y su culposa conducta no puede servir, ahora, de fundamento

para demandar resarcimiento alguno porque su actuación no se le impuso por la administración sino se buscó deliberadamente por él para obtener beneficios dudosos, como resulta del monto de sus pretensiones. Por lo demás, en parte alguna del proceso se probó -siquiera remótamente- la pretendida urgencia, como si se hizo en el caso de la sentencia citada.

"2.2. La negativa de entregar

"Y se quería crear una situación de hecho porque llegaba una nueva administración al INSTITUTO que de inmediato y al estudiar la situación que se había producido en forma inconsulta, sin el lleno de los requisitos previstos por las leyes vigentes y por los ACUERDOS internos del INSTITUTO para este tipo de programas, hubo de verse forzada a revocar la autorización inicial y solicitar que se entregaran los terrenos.

"Y por ello, en menos de dos meses y medio desde la supuesta iniciación de las obras, el INSTITUTO ordenó suspenderlas y solicitó se hiciera entrega de los inmuebles cuya precaria tenencia detentaba el constructor.

"Luego de agotar por todos los medios el que tal entrega se produjese de manera espontánea y civilizada y ante la necesidad, allí sí imperiosa, de continuar las obras y cumplidos los trámites exigidos por la ley, se celebró un contrato con otra firma de construcciones para que concluyese el proyecto y, como consecuencia de dicho contrato, se le entregaron los terrenos para que procediera de conformidad.

"Ahora bien, los hechos 17 y 18 de la demanda darían cuenta de una dramática e intempestiva situación producida para el constructor quien, sorprendido por tal circunstancia, -once meses después de habérsele solicitado la entrega- habría sido "desalojado físicamente" y en donde, adicionalmente, los funcionarios del INSTITUTO habrían incurrido en actuaciones verdaderamente delictuales al apropiarse de documentos, bienes, inventarios y archivos de propiedad del constructor. Ello no pasa de ser una fantasía, por lo que se refiere a las últimas hipótesis, y hubiere dado lugar, incluso, a sanciones penales para quienes hubiesen atropellado al constructor. Lo que sucede es que, así presentadas las cosas, tratan de servir para explicar cómo y por qué nunca pudo justificarse ante el INSTITUTO DE CREDITO TERRITORIAL la existencia de la realidad de los gastos llevados a cabo durante el corto lapso en que el constructor estuvo presente en el terreno y que, por cierto, en las conversaciones extrajudiciales con los interesados dio lugar a que, mas de una vez, se les requiriera a presentar, soportados en sus libros de contabilidad, para intentar determinar la realidad y cuantía de los gastos hechos por este concepto, sin que jamás hubieran aceptado acreditarlo.

"Pero es mas, calla inexplicablemente el demandante en sus hechos la circunstancia de que, una vez que el INSTITUTO continuó las obras, con un contratante, él si debidamente vinculado, desde el punto de vista jurídico, SURAMERICANA DE CONSTRUCCIONES intentó una acción policiva por supuesta perturbación de tenencia y posesión, la cual fue finalmente fallada a favor de INSTITUTO y plasma, con una absoluta claridad, no solo lo ocurrido sino el contenido jurídico del debate.

"En efecto, reconoce la providencia las circunstancias por la cuales SURAMERICANA DE CONSTRUCCIONES, tuvo acceso al predio y sobre el particular concluye "hasta este momento (hasta cuando se ordenó la suspensión) la mera tenencia producto de la precariedad del título se consentía, ya que la SURAMERICANA se encontraba dentro del bien inmueble con la autorización, *legal o no* de los funcionarios que estaban interviniendo directamente como puntos de contacto entre una y otra parte". (se subraya).

"Pero a renglón seguido, advierte cómo, desde el 3 de marzo del 82 funcionarios competentes del INSTITUTO "le hacen saber a la Constructora, que no se autoriza ningún tipo de obra en la urbanización Bachué por no estar legalizado el contrato cofinanciado": Con lo cual concluye, con razón, "se aprecia la limitante a la mera tenencia consentida".

"Y luego, relata cómo el INSTITUTO, repetidamente, insistió en la necesidad de devolver el inmueble, como consecuencia de la imposibilidad de celebrar el contrato. (folio 311, cuaderno de pruebas) Y concluye mas adelante:

"*Reunido lo anterior, se encuentra que con la misma precariedad con que nació el título de mera tenencia, de esa misma forma desapareció, desprendiéndose que si en un principio la firma comercial podía detectar la mera tenencia con fundamento en el consentimiento por parte de funcionarios del INSTITUTO DE CREDITO TERRITORIAL en ocupar el predio, dicho consentimiento desapareció.* La mera tenencia en un bien inmueble debe estar sustentada en una relación jurídica y esa relación jurídica creada permanece hasta tanto no se extinga; de ahí que el artículo 775 de Código Civil normatice que el acreedor prendario, el secuestre, el usufructuario, el usuario, el que tiene derecho de habitación, son meros tenedores de la cosa empeñada, secuestrada o cuyo usufructo, uso o habitación les pertenece— En el presente caso no existe para la SURAMERICANA DE CONSTRUCCIONES la precariedad del título que le dé derecho a la protección por parte de la policía, puesto que como se anotó en renglones atrás, de la misma forma en que nació el consentimiento, de esa misma manera desapareció y en dicho

consentimiento se basaba su permanencia.- *La acción dirigida a contrariar preceptos legales, no crea derecho para el que contraríe dichas disposiciones. En un sentido claro la ley se manifiesta en prohibir la ejecución de contratos no perfeccionados y esta norma no puede ser de aplicación caprichosa, puesto que por medio de ella el legislador quiso prevenir la situación que hoy se presenta y para la cual el juicio de responsabilidad le corresponde hacerlo a otra clase de autoridades*" (folio 312, 313, del cuaderno de pruebas subrayamos).

"Huelga agregar que, por lo demás, no se otorgó amparo posesorio alguno.

"Dicho procedimiento policivo, sobre el cual se guarda absoluto silencio en la demanda, dejó perfectamente en claro que no tenía calidad alguna de tenedor jurídicamente reconocible y permite afirmar, como consecuencia, que la entrega hecha por el INSTITUTO DE CREDITO TERRITORIAL el 3 de febrero de 1.983 al constructor vinculado legítimamente para concluir las obras, formaba parte elemental de sus derechos, no podía entrañar forma alguna de desalojo y si alguna perturbación ocasionaba a SURAMERICANA DE CONSTRUCCIONES ella se originaba en su torpe persistencia en ocupar de hecho un terreno en relación con el cual no tenía, siquiera, el carácter de mero tenedor.

"Esta constituye una forma maliciosa de presentar los hechos, de manera acomodaticia, para sugerir un atropello, pero guardando piadoso silencio sobre la circunstancia de que el debate jurídico sobre el particular había sido resuelto hacia mucho tiempo por las autoridades competentes, con una clara conclusión a favor de mi representado.

"·3. LA CADUCIDAD.

"El Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca ha hecho un cuidadoso estudio del tema, invocando para ello la interpretación acertada que el Consejo de Estado ha dado a la aplicación de las normas en materia de caducidad, el cual me releva de hacer reflexiones adicionales dejando en claro, simplemente, que si bien ha podido decretarse dicha caducidad desde el comienzo, la omisión no revela al juzgador de hacerlo cuando ello le resulte evidente, si es que antes no se percató o si las interpretaciones en aquel entonces vigentes no le daban suficiente soporte doctrinal para hacerlo.

"Lo que resulta incuestionable de fondo es que hubo un época, definida por el mismo demandante, durante la cual se llevaron a cabo las supuestas obras, que ellas se realizaron sin que existiera convenio jurídico alguno que les diera soporte y que, fundada la petición principal en la acción in rem verso tiene que concluirse que de esa circunstancia de hecho,

temporalmente tolerada por funcionarios del INSTITUTO, tendría que soportarse un eventual resarcimiento. Es a partir de ese momento - marzo de 1.982- y no de la posterior entrega del terreno a un tercero - febrero de 1.983- que debe contarse el término de caducidad.

"Como ya se vio, la circunstancia de la entrega por parte del INSTITUTO a la sociedad INVERSIONES FERBEL LTDA fue simple consecuencia de la celebración válida con esta compañía de un contrato que suponía tal entrega para que concluyera las obras y no originaba "per se" derecho alguno a la reclamación respectiva, por cuanto ésta había nacido desde que las obras se llevaron a cabo y, a partir de ese momento, comenzaba a correr el término para acudir ante la jurisdicción a demandar su tutela, si su valor no se reconocía.

"La entrega o no a una tercero hecha por el INSTITUTO, con todo su derecho, resulta episódica e intranscendente para los efectos del análisis sobre la caducidad, porque la acción de enriquecimiento busca el resarcimiento de las sumas que ingresaron injustificadamente al patrimonio del INSTITUTO DE CREDITO TERRITORIAL, a voces del demandante. Y esas solo podían corresponder al valor de las obras cuando las mismas se llevaron a cabo, con prescindencia de lo que hubiese ocurrido en el futuro con los terrenos y las obras, en virtud de que la deuda, supuestamente enriquecedora, se había generado por el hecho de la realización de tales obras, delimitada en el tiempo por el mismo actor.

"4. EL CONCEPTO DEL FISCAL

"La Fiscalía del Tribunal anotó, además, cómo, en su opinión, había una ineptitud formal al no reunir la demanda los requisitos previstos por la ley y no solicitar en el petitum la declaratoria de enriquecimiento como constitutiva de la petición resarcitoria, que solicito tenga en cuenta el H. Consejo de Estado en el remoto evento de que la tesis potísima de la caducidad fuese desechada.

"5. LAS PRUEBAS

"Pero si el debate tuviese que hacerse a fondo, entonces sería necesario concluir en la improcedencia de las peticiones por una absoluta deficiencia probatoria como pasa a verse.

"*Testimonial*

"La prueba testimonial fue recibida el día 23 de noviembre de 1.987. Se recepcionaron los testimonios de los señores Jaime Soto Lara quien era el interventor jefe de la división de construcciones del Instituto de Crédito

Territorial. El testimonio del señor Armando Enrique Fuentes, interventor provisional del Instituto de Crédito Territorial para la obra que debería realizar la sociedad Suramericana de Construcciones. El testimonio del señor Leandro Calixto Costa, auditor de la Contraloría. El testimonio de los señores Carlos Alberto Mesa Ramírez y Bernardo Aristizábal Isaza, éstos dos últimos empleados de la Sociedad Suramericana de Construcciones.

"Por la vinculación que los testigos tiene con cada parte y con el solo fin de hacer una síntesis, los testimonios se han separado en dos grupos: los testimonios de las personas que tienen relación con el Instituto y los de las dos personas que tienen relación con Suramericana de Construcciones.

"Del análisis sistemático que se puede hacer de las declaraciones del primer grupo, o sea, los testimonios de las personas que tienen relación con el Instituto de Crédito, se puede concluir lo siguiente:

"a) Suramericana de Construcciones llevó a cabo el desarrollo de algunos trabajos dentro de una obra ya iniciada y de propiedad del Instituto de Crédito Territorial.

"b) Tal intervención fue, desde todo punto de vista, anormal. pues no se había cumplido por la demandante el lleno de los requisitos previos para la formalización de un contrato de obra, el que a su vez se hacía indispensable para la iniciación de trabajos.

"c) El período de tiempo en el que presuntamente se realizaron algunas obras por parte de Suramericana de Construcciones aparece difuso para los declarantes. Nótese que ninguno precisa desde cuándo ni hasta cuándo se efectuaron tales obras.

"d) Así mismo, ninguna de esas personas señala la cantidad o calidad de las obras que pudo haber efectuado la demandante.

"Se analizan enseguida, entonces, los testimonios de las dos personas que trabajan con Suramericana de Construcciones.

"Del testimonio del señor Carlos Alberto Mesa Ramírez podemos extractar lo siguiente: A la pregunta cuarta que le formula el Tribunal que dice: " Recuerda usted doctor qué obras pudo haber efectuado Suramericana de Construcciones en la Urbanización Bachué propiedad del Instituto de Crédito Territorial y a expensas de quién se ejecutaron las mismas ?" CONTESTO: "Como jefe de compras es usual que en las obras que se están ejecutando normalmente se realizan comités para poder coordinar el suministro de materiales y consecución de contratistas. De esta manera nosotros iniciamos labores sobre un total aproximado

de 280 apartamentos en los cuales efectuamos trabajos de construcción de vigas, construcción y montaje de paneles en concreto, instalaciones hidráulicas, instalaciones eléctricas correspondientes, desagües y cajas de inspección- También fue necesario en el momento de iniciar labores, adecuar el predio en cuanto a cercas e instalaciones para control y ejecución de la obra ".

"Se aprecia aquí que para el testigo es fácil narrar sus ocupaciones generales dentro de la empresa, pero nada dice, en concreto, como jefe de compras, sobre la cantidad o calidad de materiales requeridos para la elaboración de esas obras, su precio, su incorporación al proyecto, el proceso sencuencial de su adquisición, el nombre de los proveedores, etc. O sea, nada que sustente, en forma verosímil, las exorbitantes pretensiones de la demandante.

"El testigo Aristizábal sólo dice que trabajó con Suramericana de Construcción, le consta que ésta realizó unos trabajos en la urbanización Bachué y que los pagos de todo lo hacía directamente Suramericana de Construcciones.

"Estas declaraciones, como pueden apreciarlo los Honorables Magistrados nada nuevo aportan a la investigación de lo ocurrido y en nada soportan las peticiones formuladas.

"*Inspección Judicial*

"La inspección practicada por el Tribunal al Instituto de Crédito Territorial se concretó a ordenar la exhibición de algunos documentos y agregarlos al expediente en fotocopia.

"*Dictamen Pericial*

"Para una mayor claridad sobre este punto debe advertirse que en el expediente aparecen aportados -a diferentes títulos- tres peritazgos: a) El practicado durante la actuación policiva (PERITAZGO No. 1.- C. Pruebas, folios 214 y ss). b) El realizado extrajuicio- ante el juzgado Once Civil del Circuito de Bogotá (PERITAZGO No. 2.- C. Pruebas, folios 362 y ss.) y c) El practicado como prueba dentro del proceso. (PERITAZGO No. 3.- C. Ppal, folios 147 y ss.).

"Pues bien, por auto de Nov. 28/86, se ordenó a los señores peritos Luís Leal Cruz y Juan Manuel Carrillo, la elaboración de un dictamen, (PERITAZGO No. 3) con el fin de que estos rindieran un concepto técnico respecto a unos puntos sometidos a su consideración por el apoderado de la parte demandante, en su solicitud de pruebas de la demanda. (folio 12, cuaderno principal) en donde se les indica que:

tomarán para el efecto, como base del dictamen, las obras ejecutadas por Suramericana de Construcciones, conforme al detalle y precisión que hicieron los peritos dentro de la *actuación policiva*" (PERITAZGO No. 1). (subrayado nuestro) (Folios 214, 216, 239 v. C. Pruebas).

"Según diligencia de fecha 7 de abril de 1.988, los señores peritos designados y posesionados procedieron a presentar el trabajo encomendado, pero no emitieron concepto técnico como se les había ordenado, -a partir del PERITAZGO No. 1- sino que, además de limitarse a hacer una simple proyección de las cifras, tomaron equivocadamente el dictamen que, como prueba anticipada ante el juzgado Once civil del circuito de esta ciudad, habían presentado los señores peritos Edgar Carrión y Mauricio Beltrán (PERITAZGO No. 2. Folios 362 y ss. C. Pruebas).

"En efecto, en la parte inicial de su trabajo dicen los señores peritos delegados por el Tribunal: "El reconocimiento y pago de la obra ejecutada, *según los demandantes* debe hacerse en base a la actualización de preciso *a partir del peritazgo rendido en febrero de 1.984* por los ingenieros Edgar Carrión y Mauricio Beltrán, rendido al Juez Once Civil del Circuito." (PERITAZGO No. 2) (subrayamos)

"De donde resulta claro que el trabajo pericial rendido aquí tuvo un soporte diferente al autorizado pues, el campo de referencia para los peritos era la prueba pericial practicada en una actuación policiva, (PERITAZGO No. 1) y no el experticio fundado en la diligencia realizada ante el Juzgado Once Civil del Circuito de Bogotá (PERITAZGO No. 2), que ni siquiera fue decretado en el auto de pruebas de XI-28-86.

"La incidencia cuantitativa es de tal magnitud, como si fuera poco, que mientras el PERITAZGO No. 1 menciona en cifras alrededor de $38'000.000 (folio 214) el No. 2, sitúa las cifras al nivel de $84'800.000 sin que, en ningún caso, por las razones que se ven, algo se pruebe.

"Por lo demás, el trabajo a mas de utilizar una base equivocada, se limita a satisfacer y seguir las indicaciones del apoderado de la parte demandante, sin explicación alguna de los exámenes ni de la investigación adelantada sobre algún hecho, como lo ordena el ord. 6 del artículo 237 del C.P.C. pues él parte de cifras que habían señalado los anteriores peritos, dentro de la prueba pericial extra-proceso practicada por el Juzgado Once Civil del Circuito. (PERITAZGO No. 2).

"Ahora bien, a pesar de su obvia improcedencia y para mayor abundamiento, como la prueba de pericia presentada ante esta instancia se basó íntegramente en la practicada en forma anticipada el día 7 de abril/88, (PERITAZGO No. 2) resulta conveniente, Honorables

Magistrados hacerle un estudio, aún en forma somera, a dicha prueba pericial.

"Ante el juez once civil del circuito de esta ciudad se presentó por la demandante una solicitud de prueba extra proceso consistente en una inspección judicial con dictamen pericial, la que tenía como fin demostrar unas obras que presuntamente habían sido realizadas por la Sociedad Suramericana de Construcciones y llevadas a cabo dentro de la Urbanización Bachué de propiedad del Instituto de Crédito Territorial.

"La prueba se practicó por el juzgado de conocimiento *sin la citación de la entidad demandada*, el Instituto de Crédito Territorial, razón por la cual no es cierto, como se afirma en el hecho dieciocho de la demanda, que hubiere sido controvertida.

"Según expresión del artículo 300 del Código de Procedimiento Civil la prueba de inspección con peritos puede hacerse o no con citación de la otra parte, pero el dictamen que se haya practicado sin citación de la parte contraria tiene carácter de indicio.

"A su vez, los artículos 248 y 250 del mismo Código disponen que un hecho solo puede considerarse como indicio cuando está plenamente probado y que el juez solo podrá apreciarlo en conjunto.

"La prueba extra proceso, al llevarse a cabo sin la citación de la otra parte, no constituye, por sí sola, plena prueba contra ésta, pues no tuvo oportunidad procesal para ser controvertida y, además, no hizo parte de un conjunto probatorio que le permitiera constituirse en indicio, para poder así ser apreciadas por el Juez.

"En síntesis, no se tomó como base el peritazgo producido dentro de la actuación policiva -como se había pedido en la demanda y se decretó por el Tribunal- (PERITAZGO No. 1) y, en cambio, se partió de una diligencia realizada por el Juzgado Once Civil del Circuito, sin citación del Instituto de Crédito Territorial, (PERITAZGO No. 2) lo que condujo a un nuevo experticio (PERITAZGO No. 3) sin eficacia probatoria alguna por las razones expuestas.

"Y la conclusión es categórica para la suerte del proceso pues solo a través de un dictamen regular y satisfactoriamente practicado -lo que no ocurrió- hubiera podido establecerse la base cuantitativa para librar una condena, en el evento remoto de que las pretensiones de la demanda hubieran podido prosperar.

"6. LAS PETICIONES Y SU IMPROCEDENCIA

"Solicita el demandante actualización de las sumas debidas en valor constante, mas intereses retrotrayéndolos, aparentemente, a marzo de 1.982.

"Al respecto hay que anotar que no son acumulables los intereses y la corrección monetaria, salvo que aquellos sean los intereses puros o los legales que señala el Código Civil, que como se verá, pueden tenerse como equivalentes. En efecto, la jurisprudencia colombiana ha venido señalando claramente la improcedencia de acumular ciertas pretensiones que daban lugar a condenas perfectamente exorbitantes.

"Desde luego, partimos de la base de que no existirá condena alguna a cargo del INSTITUTO pero es forzoso, por el rigor académico y la obligación del apoderado, hacer ver cómo, en el remoto supuesto de que ello ocurriera, no es posible dicha acumulación por las siguientes consideraciones:

"a) La tasa de interés esto es, el precio que el dinero tiene en el tiempo está compuesta fundamentalmente por tres factores, a saber: la desvalorización que la moneda tenga con el paso de ese mismo tiempo, el beneficio neto o tasa de interés pura que el acreedor tiene derecho a recibir y el valor que se le asigne al riego de la pérdida, este último, normalmente tomado en consideración por intermediarios crediticios profesionales, pero que resulta ajeno a la simple operación resarcitoria, como es obvio.

"A la tasa de interés durante el plazo, que obedece a esta estructura, puede agregarse una porción adicional en caso de mora pero, en uno u otro evento, es en relación con el primer fragmento que se ha incluido la porción resarcitoria por desvalorización.

"Cuando las normas civiles se dictaron en Colombia en una época en que no existía el concepto moderno de la inflación, se partía por ello de una tasa remuneratoria que podía situarse en 5 ó 6 puntos como interés legal y del principio nominalista en virtud del cual un deudor pagaba con idénticas especies monetarias en denominación a las que hubiese contraído como deuda o cuya obligación resarcitoria tuviese que soportar.

"Pero el hecho de la desvalorización interna de la moneda llevó, no solo en Colombia sino en todos los países, a tener que considerar adicionalmente esa variable para determinar una tasa de interés.

"La circunstancia de que la desvalorización monetaria sea distinta en los diversos países explica, igualmente, por qué son distintas las tasas

de interés en ellos. Si por ejemplo, la tasa de interés en Suiza no pasa del 5% es porque su desvalorización es muy cercana a 0 de manera que, conservándose inalterado el poder adquisitivo de la moneda, 5 puntos son un beneficio neto y real para el acreedor. Si en los Estados Unidos por ejemplo, ella es o ha sido en épocas recientes cercada al 10% tal circunstancia obedece a que existe una tasa de inflación que puede estar cercana al 4 y por consiguiente, en esa porción recupera la pérdida de poder adquisitivo y en la diferencia constituye real beneficio neto o tasa pura de interés. Pues bien, así mismo si en Colombia, por decir una cosa, la tasa de interés, en un momento dado, es del 34% y la inflación ha sido, por ejemplo, del 28% con ésta última porción el acreedor recupera su pérdida de poder adquisitivo y con la diferencia registra el ingreso neto constitutivo de su beneficio.

"Naturalmente, dependiendo de la tasa contractual o de la tasa ordinaria que se deduzca a cargo de un deudor, el beneficio neto será mayor o menor pero, en todas partes, situándose curiosamente, alrededor del interés legal del Código Civil que se establecía en el 6%.

"b) Por ello resulta improcedente pedir un reconocimiento de intereses que, de suyo, en una porción significativa recupera la desvalorización monetaria y, de otra, pedir el ajuste hecho con base "en los índices de precios del Dane" -sin precisarse cuáles, cuando en realidad son múltiples los índices de este Departamento- pues por esa vía existiría un doble reconocimiento de la inflación.

"Pero mas absurdo resultaría, como se pide en la segunda petición, que una vez ajustada una cifra con base en los índices del Dane, se liquiden sobre ella intereses durante todo el lapso porque, entonces, estaría pagándose por esa vía, además, intereses sobre intereses, incurriéndose en un verdadero anatocismo.

"Por ello uno de los últimos pronunciamientos de la Corte, formulado en un caso de intereses moratorios, porque esos eran los hechos del debate pero, igualmente predicable en este caso por lo que dice con el simple interés -ya que aquí no hay mora posible- ha partido de la base de que no son acumulables los intereses mas la corrección monetaria, salvo que se demuestre que la tasa de interés contractual es insuficiente para recuperar la desvalorización, en cuyo caso sería posible establecerla por la diferencia, hasta obtener una justa remuneración. Como este no es el caso, el Consejo tendría que optar por una u otra condena. (ver ordinario de Motoborda Ltda., contra Mauricio Quintero Laverde, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, enero 24 de 1.990. Magistrado Ponente, José Alejandro Bonivento Fernández).

"Por todo lo cual, reitero la solicitud de confirmar la sentencia recurrida y condenar en costas al apelante." (folios 185-198.C.1).-

-IV-

VISTA FISCAL

La Fiscal Segunda de la Corporación, Dra. EDNE COHEN DAZA, en su concepto de fondo, *OBSERVA*:

"La acción instaurada se fundamenta en la teoría del enriquecimiento sin causa. Se parte de la base, que la Sociedad Actora, sin mediar contrato alguno, realizó unas obras que beneficiaron al Instituto de Crédito Territorial, por lo cual reclama de éste el pago del valor de esas obras.

"Ahora bien, cuándo de produjo ese enriquecimiento?. Al interrogante anterior es muy fácil contestar, pues no existiendo contrato administrativo de obras públicas, la situación de hecho ocurrió desde el momento mismo en que la Sociedad Actora dio comienzo a las obras, situación ésta que se agotó. o quedó consolidada cuando con certeza se supo que no se suscribiría el contrato escrito entre las partes.

"Los hechos anteriores, como bien lo narra la demanda, tuvieron ocurrencia en un breve lapso de tiempo, delimitado por unas fechas que el mismo libelo señala y que están plenamente respaldadas con las pruebas que se allegaron al expediente.

"Así tenemos que los hechos 4o. 5o. y 6o. de la demanda, nos informan que la Sociedad Suramericana de Construcciones .S.A. entró a ocupar los terrenos el día 21 de diciembre de 1981 y una vez ocurrido este hecho dio iniciación a los trabajos de construcción continuando la obra allí existente.

"Los hechos 15 y 16 narrados en el libelo nos indican, que el 3 de marzo de 1982 la Junta Directiva le revocó la autorización para celebrar contrato al Gerente del Instituto de Crédito Territorial, y el contratista recibió la orden de suspender la obra que había comenzado el día 8 de marzo de 1982, mediante oficio No. 1123. (En el cuaderno No. 6 aparecen actas y oficios en mención)

"Es claro pues, que la situación de hecho existente quedó definida como tal, el día 3 de marzo de 1982 cuando se revocó la autorización para celebrar el contrato pues en ese momento desapareció la posibilidad de legalizar la situación. Cuando la administración le dio a la Sociedad Actora la orden escrita de suspender los trabajos, se supo con certeza que el negocio, si es que así se puede llamar, no podía proseguir. La

situación de hecho, considera muy posiblemente por las partes como transitoria, ante la expectativa de suscribir el correspondiente contrato administrativo, se volvió definitiva y desde ese mismo momento surgió para la Sociedad la posibilidad de reclamación.

"El hecho que el recurrente destaca y a partir del cual pretende se cuente el término para determinar la oportuna presentación de la demanda, no es de recibo, pues la diligencia de entrega del terreno a la nueva firma contratista, que el Instituto realizó en fecha posterior-7 de febrero de 1983-, no se puede tener en cuenta ya que no se está reclamando por ese hecho sino por la obra realizada y de la cual se beneficio la entidad demandada.

"Sobre este punto vale la pena transcribir lo afirmado por el apoderado del Instituto cuando dice: "La entrega o no a un tercero por el INSTITUTO, con todo su derecho, resulta episódica e intranscendente para los efectos del análisis sobre la caducidad, porque la acción de enriquecimiento busca el resarcimiento de las sumas que ingresaron injustificadamente al patrimonio del INSTITUTO DE CREDITO TERRITORIAL, a voces del demandante. Y esas solo podían corresponder al valor de las obras cuando las mismas se llevaron a cabo, con prescindencia de lo que hubiese ocurrido en el futuro con los terrenos y las obras, en virtud de que la deuda, supuestamente enriquecedora, se había generado por el hecho de la realización de tales obras, delimitada en el tiempo por el mismo actor". (C.1. fl. 191).

"En la demanda, como ya se señaló, las fechas que se dieron de ejecución de las obras por las cuales se reclama, fueron las que tomó el Tribunal para computar el término. Sobre este aspecto debe destacarse, que en la demanda se hace mención de la fecha 3 de febrero de 1983 como día en que la Suramericana de Construcciones fue desalojada físicamente de los lotes de terreno que ocupaba (ver hecho 17 al folio 5 C-1). Sin embargo, en el memorial de sustentación del recurso de apelación visible al folio 263 y siguientes del mismo cuaderno, se resalta la fecha 7 de febrero de 1983, día de la entrega de los terrenos y obras realizadas a la nueva firma contratista Inversiones Fervel Ltda, hecho este que no fue mencionado en la demanda y que como ya se vio no puede aceptarse para comenzar a computar el término para presentar la demanda.

"La interpretación, que en materia de caducidad ha venido haciendo la Sección Tercera y que cita y transcribe la sentencia apelada, fue recientemente objeto de estudio y modificación de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo al decidir el recurso de súplica interpuesto contra la sentencia de 24 de Noviembre de 1989 proferida por la Sección Tercera en el proceso de JESUS MARIA GIRALDO. En apartes de la sentencia en mención y que tiene fecha de 8 de noviembre de 1991, dijo la Sala Plena:

CONSIDERACIONES DE LA SALA

"En los asuntos de reparación directa el actor, para efecto de interponer la acción, disponía de un plazo de tres (3) años, contados a partir de la ocurrencia del hecho perjudicial.

"Así lo establecía el artículo 28 del Decreto 528 de 1964, en los siguientes términos:

"La competencia para conocer de las acciones indemnizatorias por hechos u operaciones de la administración está adicionada a que dichas acciones se instauren dentro de los tres años siguientes a la realización del hecho u operación correspondiente":

"El nuevo Código Contencioso Administrativo en su artículo 136, inciso 4o., introdujo el término de caducidad para ordenar que:

"La de reparación directa (se entiende la acción) caducará al vencimiento del plazo de dos (2) años, contados a partir del acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa o de ocurrida la ocupación temporal o permanente del inmueble de propiedad ajena por causa de trabajos públicos".

"Entiende la Sala que esta norma opera solamente para el futuro y es aplicable únicamente para la caducidad de las acciones, originadas en hechos ocurridos después del 1o. de marzo de 1984, iniciación de la vigencia del citado Código; mientras que el plazo de los tres años contemplado en el artículo 28 del decreto 528 de 1964 rige para las acciones indemnizatorias derivadas de acontecimientos anteriores:

"Como quiera que los hechos de que trata el asunto planteado ocurrieron el 20 de agosto de 1983 (antes del 1o. de marzo de 1984), lógico es concluir que la situación con ellos creada, está gobernada por el artículo 28 ya citado":

"...

"Aplicando las premisas anteriores al caso controvertido, tenemos que concluir, en primer lugar, que el actor tenía plazo para instaurar la acción, hasta el 20 de agosto de 1986, si en cuenta se tiene que los hechos ocurrieron el 20 de agosto de 1983. Lo anterior en razón a que como lo expresa la providencia de la Sala Plena, la producción del hecho perjudicial causa en el damnificado un derecho subjetivo que debe reconocérsele durante todo el plazo que la ley vigente al tiempo del hecho, le otorga para reclamar perjuicios.

"No obstante lo expresado en la jurisprudencia comentada, la sentencia recurrida, interrumpe, o mejor, dá por expirado el plazo otorgado al perjudicado en virtud del artículo 28 del Decreto 528 de 1964, para en su lugar aplicarle uno nuevo, el del artículo 136, inciso 4o. del Código Contencioso Administrativo, argumentando que no puede alegarse un derecho adquirido a un determinado término procesal, como el de caducidad.

"La circunstancia anterior, al parecer de la Sala constituye una marcada contradicción a la jurisprudencia, por parte de la sentencia recurrida, pues mientras aquella a hechos anteriores a la vigencia del Código aplica el plazo establecido en el artículo 28 del Decreto 528 de 1964; reclama respecto a dicho lapso prescriptivo, y reconoce en favor del perjudicado una situación jurídica concreta; ésta, a los acontecimientos ocurridos el 20 de agosto de 1983 aplica en forma retroactiva las disposiciones que sobre caducidad contempló el Decreto 01 de 1984, desconociendo la situación jurídica y el mismo plazo que en favor del damnificado había estructurado la ley vigente en el momento de los lamentables hechos.

"Y aunque la jurisprudencia invocada por el suplicante contempla el fenómeno de la prescripción en frente de la caducidad, nada obsta para aplicar lo dicho allí a los plazos de caducidad, porque al fin y al cabo tanto el uno como los otros, deben respetarse mientras se cumplen, pues amparan o respaldan -si los términos se admiten-,. una situación jurídica concreta que no puede ser desconocida por normas procedimentales":

"En el presente caso los hechos por los que se reclama ocurrieron en el mes de marzo de 1982, y el término de tres (3) años que otorgaba la ley vencía en marzo de 1985; como la demanda fue presentada en enero de 1986, es claro que se debe declarar la caducidad de la acción.

"A esta misma conclusión se llegó en la sentencia apelada, aplicando la interpretación que venía haciendo la Sección Tercera, por lo cual el fallo del Tribunal debe ser confirmado en este aspecto.

"En la sentencia del Tribunal se incurre en el error, como acertadamente lo anota el recurrente, de denegar las súplicas de la demanda después de haber declarado la caducidad; por lo tanto la sentencia apelada deberá confirmarse haciendo la modificación en este sentido." (folios 203-209, C.1).

- V -

CONSIDERACIONES DE LA SALA

A) Dentro del proceso quedaron debidamente demostradas las siguientes circunstancias particulares del caso:

PRIMERA. Que el día veinticuatro (24) de Septiembre de mil novecientos ochenta y uno (1.981), el Director Regional Cundinamarca, del Instituto de Crédito Territorial, dio respuesta al oficio G.G. 392/81, que le había enviado el Dr. Joaquín Merchán Zárate, Gerente de la Compañía Suramericana de Construcciones, manifestándole que se dignara "...preparar un estudio detallado etapa por etapa de la construcción de las viviendas de que habla en el mismo por el sistema de confinanciados presentando el original ante la subgerencia de Construcciones y una copia a esta Dirección, preferiblemente antes del 1o. de noviembre del año en curso" (C 3, fol 5).

SEGUNDA. Que el día 17 de Diciembre de 1.981, la Junta Directiva del Instituto de Crédito Territorial, autorizó al Gerente General para suscribir el contrato "...con el Cofinanciador Constructor- "SURAMERICANA DE CONSTRUCCIONES", con el objeto de terminar 1.980 viviendas multifamiliares básicas del programa BACHUE y por un valor total de $984.454.207.68, a precio fijo y con un plazo de ejecución de 7 meses" (C.3, fol 120);

TERCERA. Que el día 18 de febrero de 1.982, el representante del Instituto de Crédito Territorial y el de la firma Suramericana de Construcciones, suscribieron el "ACTA DE ENTREGA PARCIAL DEL INSTITUTO DE CREDITO TERRITORIAL A SURAMERICANA DE CONSTRUCCIONES S.A. 1.980 VIVIENDAS CIUDAD BACHUE", en cuya parte pertinente se lee:

> "...entrega de los elementos de la Planta de Prefabricados de la Urbanización, según lo hablado con el Jefe de la División Técnica; por parte del Instituto de Crédito Territorial a la firma en referencia y los cuales se relacionan así:

Picas	116
Palas con Cabo	110
Palas sin Cabo	29
Azadones	7
Barretones	2"

CUARTA. Que el día 3 de febrero de 1.982, el Jefe de la División Técnica del Instituto de Crédito Territorial se dirigió a la Compañía Suramericana de Construcciones para manifestarles: "...de acuerdo con instrucciones impartidas por la Honorable Junta Directiva del Instituto, comedidamente solicitamos a ustedes que *a partir de la fecha, en los programas cofinanciados se dé prioridad* a la ejecución de la casa modelo" (C 3, fol 110) (Subrayas de la Sala).

QUINTA. Que la Junta Directiva del Instituto de Crédito Territorial, en su sesión del día tres (3) de Marzo de mil novecientos ochenta y dos (1.982), a solicitud del Gerente de la citada entidad, decidió "...REVOCAR la autorización dada para suscribir el contrato con el Cofinanciador CONSTRUCTORA SURAMERICANA DE CONSTRUCCIONES..." (C 3, fol 122);

SEXTA. Que el Instituto de Crédito Territorial, en carta No. 1123 de 3 de Marzo de 1.982, comunicó a la firma demandante que se suspendieran las obras (C 3, fol 117). Esta manifestación se reitera en carta de 9 de julio de 1.982, dirigida por el Jefe de la División Técnica del Instituto a la firma Suramericana de Construcciones, en la cual se destaca:

> "Mediante Oficio No. 1123 del 13 de Marzo pasado, enfáticamente se les manifestó que no tenían autorización para ejecutar ningún tipo de obra en la Urbanización Bachué, habida cuenta de que el contrato, cuya celebración había sido inicialmente autorizada por la H. Junta Directiva del Instituto, no se encontraba firmado y ni siquiera legalizado.
>
> "Posteriormente dicha autorización, como a ustedes mismos les consta, ya que fueron suficientemente informados al respecto, fue revocada en sesión del mismo 3 de marzo.
>
> Por requerimientos técnicos hemos necesitado informaciones en los terrenos de la mencionada obra, informaciones que no hemos podido obtener, porque se nos ha impedido el acceso a la obra por personal de esa empresa, en consecuencia, deben ustedes proceder en forma inmediata a desocupar el sitio de la obra" (C.3, fol 124) (C. 3, fol 144).

SEPTIMA. Que el día 17 de Diciembre de 1.982 el Director Regional de Cundinamarca, del Instituto de Crédito Territorial, solicitó a la firma demandante que procediera "...a desocupar tanto los terrenos como las instalaciones y construcciones de la Urbanización en referencia, de propiedad de esta Entidad" (C 3, fol 169)

OCTAVA. Que el día siete (7) de Febrero de mil novecientos ochenta y tres (1983), los representantes del Instituto de Crédito Territorial hicieron entrega a la firma FERVEL LTDA "...de los terrenos, instalaciones y obra, de acuerdo al contrato suscrito No. 013/82 JUR" (C 2, fol 57).Esta circunstancia dio lugar a que la firma actora dirigiera al Director Regional del Instituto una carta, con fecha 15 de febrero del mismo año, en la cual le expresa:

> "Protestamos porque el día 7 de los corrientes aproximadamente a las 8:00 de la mañana se presentaron los Doctores: Alirio Caycedo, Rafael Steffens, Carlos Hernández, Jorge Peñuela y el Coronel (r) Jaime Ospina,

y sin orden de ninguna autoridad competente y sin nuestro consentimiento procedieron a ocupar de hecho el solar de la Urbanización "Bachué" donde adelantábamos la obra materia del programa cofinanciado citado en la referencia, despojándonos mediante ocupación de hecho de la posesión y/o tenencia que veníamos disfrutando de manera quieta, pública y pacífica, desde el 20 de Diciembre de 1.981, del inmueble ubicado entre las calles 79 y 87 y carreras 96A y 98 de la obra ciudad Bachué de esta ciudad. También se nos privó de la posesión de las obras (mejoras) construidas con nuestros propios recursos, y donde tenemos materiales, herramientas y equipos de nuestra propiedad y que en caso de pérdida o deterioro, señalamos desde ahora como responsables a los funcionarios del Inscredial autores del despojo aquí denunciado" (C 3, fol 9).

B) A la luz del acervo probatorio que se deja enlistado, y del que sea menester apreciar a lo largo de esta providencia, la Sala entra a definir el presente conflicto de intereses, anticipando sí que revocará el fallo impugnado, pues no hace suya la perspectiva jurídica que manejó el *a-quo*.

Al hacer el estudio de la caducidad el sentenciador de instancia empezó a contar el término de 3 años a partir del ocho de marzo de mil novecientos ochenta y dos (1.982), momento en el tiempo físico en que se suspendieron las obras, pero olvidó que la sociedad demandante no tuvo certeza de que no se le pagarían sino a partir del día siete (7) de Febrero de 1.983, cuando los representantes del Instituto de Crédito Territorial hicieron entrega de los terrenos, instalaciones y obra, al nuevo contratista, esto es, a la firma FERVEL LTDA, como consta en el documento que se dejó enlistado en el literal anterior. Para el *ad-quem* el tiempo de caducidad empezó a correr a partir de esta última fecha, y se agotó el 7 de Febrero de 1.986. Como la demanda se presentó el 23 de Enero de ese año, se impone concluir que se demandó en tiempo.

En casos con el universo que tiene el presente, es forzoso hacer, por razones de justicia y también de equidad, una interpretación generosa del momento a partir del cual empieza a correr el término de caducidad, pues como lo recuerda bien el Profesor Tomás Ramón Fernández, citando jurisprudencia del tribunal español, el plazo debe considerarse ininterrumpido cuando "...hubiere negociaciones entre el perjudicado y la Administración al objeto de lograr la reparación del daño, interín se denotará buena fe" (sentencia julio 7 de 1.982 del citado tribunal). La misma doctrina se mantiene por la sentencia del 3 de noviembre de 1.975 y por el reciente dictamen del Consejo de Estado del 18 de noviembre de 1.985. El diez *a-quo* del computo es también, desde hace años, *objeto de un análisis muy amplio*, estimándose que el plazo no empieza a correr en tanto los daños se sigan produciendo por mucho que sea el tiempo transcurrido desde que tuvo lugar el hecho que los desencadenó.." (El Contencioso Administrativo y la Responsabilidad del Estado. Abeledo Perrot, pag 105). (Subrayas de Sala).

En la interpretación de la conducta humana, que en más de una ocasión reviste mas importancia que la de la propia ley, el sentenciador se encuentra, en el caso *sub-exámine*, con la especial circunstancia de que el Instituto de Crédito Territorial, ora con su conducta pasiva, ora con su conducta activa, generó confianza en la sociedad demandante. Sólo así se explica que antes de suscribirse el contrato le hubiese entregado los elementos de la Planta de prefabricados de la Urbanización y que el tres (3) de febrero de 1.982 le hubiese solicitado que: " .....*A PARTIR DE LA FECHA (3 de Febrero de 1.982) en los programas cofinanciados se dé prioridad a la ejecución de la casa modelo* (Subrayas de Sala). El mismo nombramiento de INTERVENTOR, hecho el día 28 de Enero de 1.982, y que recayó en la persona del Señor ARMANDO FUENTES, explica bien que el centro de imputación jurídica demandado hubiese sembrado el camino de confianza hacia el demandante, autorizándolo con su comportamiento, a ejecutar los trabajos antes de suscribir el respectivo contrato. Esa misma confianza explica, en buena parte, que la sociedad demandante, frente a la orden de suspensión de la obra, hubiese esperado pacientemente a que se le pagará lo realizado. Por todo lo anterior es posible afirmar que la caducidad solo empezó a correr el día 7 de Febrero de 1.983 cuando la firma demandante vivenció que las vías del entendimiento razonable quedaban definidamente cerradas, pues en ese momento, en el tiempo físico, se la entregó a la sociedad FERVEL LTDA " ...los terrenos, instalaciones y obra, de acuerdo al contrato..." que con esta entidad había celebrado.

Para la Sala tiene especial significación la conducta pasiva del Instituto de Crédito Territorial que no obstante haber dado la orden de no continuar con los trabajos desde el día (3) de Marzo de 1.982, esperó hasta el 7 de febrero de 1.983, para despojar a la demandante de los bienes a que ya se hizo relación. Cómo explicar este silencio condicionado? Necesariamente como un asentimiento a la permanencia en el inmueble de la sociedad actora y por qué no, como una esperanza para ésta de que nada estaba definitivamente perdido.

En el manejo de todas las situaciones de hecho que suelen registrarse antes de firmar los contratos, y que a menudo dan lugar a demandas fundadas en la teoría del enriquecimiento sin causa, se impone siempre una valoración ponderada y seria de la *CONFIANZA* que las partes se suscitaron, pues ella viene a ser el soporte fundamental, la filosofía que debe informar la demanda y el fallo. Por ello se enseña que es un mandamiento moral no defraudar la confianza nacida del mismo comportamiento de las partes. Ella puede hacer, y así suele ocurrir, de una simple declaración de intenciones, de una comunicación con el universo que tiene, por ejemplo, la de 3 de febrero de 1.982, en que el Jefe de la División Técnica del Instituto le solicita a la demandante que: "...a partir de la fecha..." le dé prioridad a la ejecución de la casa modelo. También la OMISIÓN permite hacer el manejo de ella.

Dentro del marco descrito, el Profesor Karl Larenz, al tratar la materia, enseña:

> "El ordenamiento jurídico protege la confianza suscitada por el comportamiento del otro y no tiene mas remedio que protegerla, porque PODER CONFIAR, como hemos visto, es condición fundamental para una pacífica vida colectiva y una conducta de cooperación entre los hombres y, por tanto, de la paz jurídica. Quien defrauda la confianza que ha producido o aquella a la que ha dado ocasión a otro, especialmente a la otra parte en un negocio jurídico, contraviene una exigencia que el Derecho -con independencia de cualquier mandamiento moral- tiene que ponerse a si mismo porque la DESAPARACION DE LA CONFIANZA, pensada como un modo general de comportamiento, tiene que impedir y privar de seguridad el tráfico interindividual. Aquí entra en juego la idea de una seguridad garantizada por el Derecho, que en el derecho positivo se concreta de diferentes maneras..." (Derecho Justo. Fundamentos de Etica Jurídica. Editorial Civitas, pag. 90 y ss.ss) (Subrayas de la Sala).

C) En los tiempos que corren es de normal aceptación, por la jurisprudencia y la doctrina, que la administración debe pagar las obras ejecutadas con su asentimiento expreso o tácito, en la etapa pre-contractual, con el fin de evitar un enriquecimiento sin causa. Sobre la materia el Profesor Tomás Ramón Fernández, en su obra ya citada, recuerda:

> "A lo largo de esta década son muy frecuentes, también, las sentencias que condenan a la Administración en razón del *enriquecimiento injusto experimentado por ella a consecuencia de la realización de obras sin contrato previo* o a través de contratos afectados de nulidad, *vicios en los que la Administración no puede escudarse para negar el pago del precio al contratista que realizó las obras* (sentencia de 11 de mayo y 6 de junio de 1976....) (Obra citada, pag. 3).

En apoyo de la anterior perspectiva es de recibo la cita que el apoderado de la parte actora trae en su alegado en esta instancia, tomada de la obra del Profesor André LAUBADERE (Traité des Contracts Administratifs, Tomo I, pags. 514 y 515), en donde se lee:

> "En ausencia de falla cometida por la Administración, el particular que, luego de conversaciones, ha hecho estudios, organizando planes, y comenzando (sic) los trabajos, puede pretender una indemnización? El Consejo de Estado reconoce ese derecho bajo dos condiciones: que las prestaciones hayan sido suministradas con el asentimiento de la administración y que ésta haya recibido un provecho. Esta, es, se verá luego, la misma teoría que se aplica y a las mismas condiciones que se exigen en la hipótesis en donde el contrato fue celebrado pero no

aprobado. La fórmula generalmente empleada por el Consejo de Estado y que resume las dos condiciones anteriores es que el requeriente tiene un "DERECHO EVENTUAL" de obtener el reembolso de los trabajos ejecutados con el consentimiento de la Administración" (20 de febrero de 1935 Barnere, p 217; 15 Diciembre 1.936, Raymond, pag 111...)"

Dentro del temperamento anterior, procede examinar si en el caso en comento se dan los elementos exigidos para que el enriquecimiento sin causa, fuente de la obligaciones, se considere bien demostrado.

ENRIQUECIMIENTO DEL CENTRO DE IMPUTACION JURIDICA DEMANDADO.

Dentro de la querella policiva que la firma demandante instauró contra el Instituto de Crédito Territorial el día veintinueve (29) de Diciembre de mil novecientos ochenta y dos (1.982), (C 3, fol 166), se practicó, con citación y audiencia de la parte contraria, un dictamen pericial, trabajo que fue presentado el día veinticuatro (24) de marzo de mil novecientos ochenta y tres (1.983), cuyo universo no fue objetado, y de cuya lectura se desprende, en lo sustancial, lo siguiente:

"l. PREGUNTA: Sírvanse manifestar los peritos el tiempo que mas o menos hace que fueron instalados los siguientes elementos en el predio. Dos silos, vigas, y materiales arrumados en diferentes partes y demás elementos para obra.

RESPUESTA: Los silos, las vigas y demás elementos para la obra como materiales se encuentran instalados y tienen una existencia aproximada de doce (12) meses.

"2. PREGUNTA: Manifiéstenos señores peritos qué tiempo tienen las plantas, pastos y demás hierbas existentes en algunos de los bloques citados anteriormente.

"RESPUESTA: El tiempo aproximado de la existencia o desarrollo de los pastos y demás hierbas existentes es de aproximadamente 10 a 12 meses.

"3. PREGUNTA: Digan los peritos el tiempo que tienen las obras realizadas en el predio alinderado y descrito anteriormente, mas exactamente los bloques mencionados.

" RESPUESTA: En los predios alinderados y los bloques mencionados existen dos épocas de construcción: La primera de aproximadamente 4 años y la segunda de aproximadamente 1 año, que es la siguiente: Cerramiento en postes y alambre de púa a cinco hilos, 1.000 metros

aproximadamente por un valor de $100.000.oo; descapote y limpieza 35.000 metros cuadrados por un valor de $ 3'850.000.oo; muros en ladrillo calicanto 400 metros cuadrados aproximadamente por un valor de $150.000.oo; muros prefabricados en concreto aproximadamente 50.000 metros cuadrados por un valor de $23'478.000.oo; instalaciones sanitarias PVC en el bloque No. 2 (20 salidas) por un valor de $32.725.oo; instalaciones eléctricas en los bloques 2 al 14 inclusive aproximadamente (340 apartamentos) por un valor de $2'300.552.oo; salidas hidráulicas en tubería galvanizada (530) salidas aproximadamente por un valor total de $982.752.oo; Cajas de inspección (94 unidades) aproximadamente por un valor total de $53.316.oo; en estructuras de concreto Columnas de 20x20 aproximadamente 1.700 por un valor de $4.166.071.oo, y vigas por 700 por un valor total de $3'416.686.oo; escaleras de 25 por un valor de $500.000.00; montajes de elementos prefabricados para entrepisos 1.500 metros cuadrados aproximadamente por un valor de $1.722.015.oo; afinados en pisos 3.000 metros cuadrados aproximadamente por un valor de $588.120.oo; muros en bloque de cemento en división de alcobas para cada apartamento 100 metros cuadrados aproximadamente por un valor de $45.000.oo. Estas cantidades de obra y su valor son aproximados, porque para su medición no se contó con los elementos, ni el personal calificado necesario y corresponden únicamente a las obras que en nuestro concepto fueron ejecutadas hace aproximadamente un año.

"4. PREGUNTA: Digan los peritos qué clases de servicios existen en los bloques que se encuentran en el predio.

"RESPUESTA: Son los mismos a que hace referencia en el punto anterior.

"5. PREGUNTA: Digan los peritos qué clases de cercas existen, en qué estado se encuentran, si éstas han sido removidas y el tiempo en que ocurrió este hecho.

"RESPUESTA: Las cercas son en postes de madera alambre de púa a 5 hilos, se encuentran bastante deterioradas y en varias partes se encuentran removidas siendo esto hace aproximadamente un mes." (fol. 214-215, C.3).

Para el sentenciador el anterior dictamen tiene un mérito probatorio pleno. Por lo demás, el procurador judicial de la parte demandada, al cuestionar el experticio que se rindió dentro del presente proceso, hace referencia a él, en los siguientes términos:

"...manifieste al Honorable Tribunal, que el dictamen pericial practicado dentro del proceso en relación con las supuestas obras realizadas por la

firma Suramericana de Construcciones, de manera ilegal y lesionado gravemente los intereses de la entidad por mi representada, *había sido practicado sobre los mismos puntos fuera de este proceso, dentro del proceso policivo que culmina ordenando entregar los terrenos al ICT.*

"Como quiera que existen diferencias abismales entre los dos dictámenes rendidos, solicito al Honorable Magistrado, dentro de su juicio de valoración tener en cuenta el primer dictamen y que obra en el expediente." (C 1, fol 178) (Subrayas de la Sala).

Este apoyo a la prueba, por parte del demandado, le da mas fuerzas de convicción y contribuye positivamente a la mejor definición del presente conflicto de intereses.

La Sala no aprecia, en cambio, el dictamen que se ordenó extrajuicio y sin citación de la parte contraria, por el señor Juez Once Civil del Circuito de Bogotá, porque ésta última circunstancia le resta mérito probatorio. Por lo demás, se practicó mucho tiempo después de haberse ejecutado la obra, esto es, en Agosto de mil novecientos ochenta y tres (1.983), cuando ya no resultaba tan fácil determinar la obra ejecutada por el demandante.

Tampoco se tiene en cuenta el dictamen rendido dentro del proceso (C. 4, fol 143), porque los auxiliares de la justicia, señores JUAN MANUEL CARRILLO y LUIS LEAL CRUZ, al primero arquitecto y el segundo Ingeniero Civil, se limitaron a actualizar los montos que los peritos Ingenieros Edgar Carrión y Mauricio Beltrán determinaron en el dictamen ordenado por el Juez Once Civil del Circuito, trabajo que en nada resulta ilustrativo para el sentenciador, pues el apoyo que se le dio carece de fuerza probatoria.

Para la Sala no existe espacio para la duda que impida concluir que la firma demandante sí ejecutó trabajos en la Urbanización BACHUE, los cuales no le fueron pagados por la administración. La declaración rendida dentro del proceso por el ARQUITECTO ARMANDO ENRIQUE FUENTES SUAREZ, quien se desempeño como interventor de la obra, es bien ilustrativo de la realidad fáctica. En lo pertinente de su deposición, dijo:

"...PREGUNTADO: "En los últimos meses del año 1981, hasta 1983, a comienzos del año el Instituto de Crédito Territorial recibió los servicios de la sociedad SURAMERICANA DE CONSTRUCCIONES S.A., para continuar las obras de la urbanización Bachué. Tuvo usted conocimiento de ese hecho y por qué lo tuvo? CONTESTO: "Tuve conocimiento debido aquí cuando se encontraba como Director de Construcciones de la Seccional Cundinamarca el Ingeniero Jaime Soto Lara y Jefe de Construcción Rodolfo Rodríguez, fui nombrado como interventor de dichas obras por un memorando que debe reposar a que en reemplazo de un arquitecto que había antes.". PREGUNTADO: "En su condición

de interventor de esta obra sírvase informar a este Tribunal en cuanto a usted recuerde y le conste la cantidad o calidad de las obras que efectuó la empresa mencionada a favor del Instituto de Crédito Territorial. CONTESTO: "Durante la época que estuve de interventor nunca firme ningún memorando porque no tenía el contrato en mis manos pero sí iba observando todo lo que iba construyendo Suramericana de Construcciones y llamaba la atención verbalmente, observé por lo menos y tuve en cuenta que se construyeron cimentaciones, instalaciones sanitarias, mampostería prefabricada, ventanerías, pañetes, instalaciones eléctricas y otras que se me escapan, y todo bajo mi supervisión para el buen funcionamiento de las obras". (fls. 8-9 C.2)...

..."PREGUNTADO: "Según sus respuestas anteriores y advirtiendo usted que nunca tuvo el contrato formalizado entre Suramericana de Construcciones y el Instituto de Crédito Territorial y aún más, en la creencia de que nunca se formalizó todos los gastos efectuados en la obra durante la permanencia de la mencionada compañía constructora fueron sufragados por esta o también pudo ocurrir que el instituto hubiese dado algunas suma de dinero? CONTESTO: "En mi permanencia no tuve información de que la hayan dado plata a ellos y la impresión que me llevaba porque como yo no firmé ningún avance de obra era que ellos sufragaran los gastos con sus recursos propios". Por la cantidad de personas que observé que trabajaban allá y la maquinaria que también tenían en el mismo sitio o sea en Bachué. PREGUNTADO: "Como interventor en la obra puede decirle al H. Tribunal si los trabajos realizados por Suramericana de Construcciones en la urbanización Bachué propiedad del Instituto de Crédito Territorial realmente beneficiaron a esta entidad? CONTESTO: "Como interventor del instituto me doy el lujo que mientras yo trabajaba en esta empresa supervisaba las obras no como si fueran de ese instituto sino como si fueran mías porque para mí fue una escuela y siempre deseaba que todo me quedara bien y exigía mas. Esas obras si fueron en beneficio del Instituto porque se hicieron, se llevaron a cabo..(fl. 9-10 C.2)..."Como dije anteriormente, fui nombrado como interventor en Bachué para la firma Suramericana de Construcciones en un memorando enviado por el Jefe de Construcciones Rodolfo Rodríguez en reemplazo de otro que había anteriormente y cuyo nombre se me escapa." PREGUNTADO: De acuerdo con su respuesta, sírvase manifestar a este Tribunal como se explica usted el hecho de que el doctor Jaime Soto Lara haya manifestado a este Despacho que para tales obras nunca se nombró un interventor por cuanto no existía un contrato legalizado entre el Instituto y la Empresa Suramericana de Construcciones? CONTESTO: "Me da tristeza que un director de una entidad como el Instituto de Crédito Territorial tenga una respuesta tan pueril ya que él tiene que saber lo que estaba pasando en todas las obras del Instituto de Crédito Territorial, que se haga un autoánalisis él mismo de conciencia y que busque la copia que existe o que debe existir

en los archivos porque yo la tengo, en el Instituto de Crédito y que él debió dar la orden al Jefe de construcciones aunque fuera verbal para que él me nombrara a mí, porque me imagino que un jefe de construcción o un subalterno vaya a violar los reglamentos de una empresa.." (fls. 10, C.2).

Dentro del mismo temperamento rindió declaración el Ingeniero Civil JAIME SOTO LARA, quien actuó como Jefe de la División de Construcciones y Jefe de la División Técnica de la Regional de Cundinamarca del Instituto de Crédito Territorial, quien discurre dentro de la siguiente óptica:

"Sí estuve vinculado, entre Febrero 28 de 1.972 hasta Noviembre 2 de 1.982, desempeñando los puestos de Interventor Jefe de la División de Construcciones.....Por orden de la Subgerencia de Construcciones se le permitió a la compañía SURAMERICANA DE CONSTRUCCIONES en presencia de personal de la Sección de Construcciones constatar el estado de construcción de las viviendas y lo faltante para su terminación y entrega a los futuros propietarios. *En este proceso de estudio hecho por SURAMERICANA se definió por la casa principal proceder al contrato de terminación de estas viviendas y la aprobación hecha por la Junta Directiva* nos fue notificada por telegrama, conocido estos hechos, por la Regional de Cundinamarca y a solicitud de la Gerencia General y de la gerencia regional, SE PROCEDIO A FACILITAR TODOS LOS MEDIOS PARA QUE EL CONTRATISTA FUERA AVANZANDO MIENTRAS SE PERFECCIONABA EL CONTRATO..... el arquitecto que estaba en planta en esta urbanización se le solicitó que colaborara sin ningún compromiso con la compañía SURAMERICANA *para que ellos tuvieran la oportunidad de terminar dentro del plazo* informado en el telex de la casa principal ...Nosotros a solicitud de los contratistas SURAMERICANA DE CONSTRUCCIONES y de la Subgerencia de construcciones y Gerencia General de darle terminación dentro del plazo acordado inicialmente que incluía multa de no terminar el contrato dentro del plazo en mención procedimos no a nombras interventor sino *a facilitar dentro de la programación que SURAMERICANA DE CONSTRUCCIONES hizo y dentro del sistema de construcción que programó le dimos la forma para que FUERAN AVANZANDO SIN NINGUN CONTROL por parte del Instituto del INSCREDIAL por lo cual nosotros nunca HICIMOS ALGUN TIPO DE AVANCE DE OBRA EJECUTADA. LA CANTIDAD DE OBRA EJECUTADA POR SURAMERICANA DE CONSTRUCCIONES* debe ser la diferencia del estado de obra que se hizo entre el INSCREDIAL y la COMPAÑIA SURAMERICANA DE CONSTRUCCIONES y posteriormente el nuevo estado de obra ejecutada entre el INSCREDIAL y la compañía FERVEL. Estos inventarios que se ejecutaron con la presencia del INSCREDIAL era para certificar las reales cantidades pero es importante aclarar que de los estudios para la terminación de estas obras presentadas por los

contratistas *ERAN ESTUDIADAS Y APROBADAS POR LA CASA PRINCIPAL DEL INSCREDIAL...* PREGUNTADO: Usted ha hecho referencia a un telex originario del Instituto donde habla de la aprobación del contrato por parte de la junta directiva. Le pregunte, fue como consecuencia del mismo que la compañía SURAMERICANA DE CONSTRUCCIONES empezó a ejecutar sus obras en la urbanización Bachué que era propiedad del Instituto de Crédito Territorial? CONTESTO: *Si fue consecuencia. Una vez aprobado por la Junta Directiva el Gerente General telefónicamente me informó de dicha aprobación y me recalcó SOBRE EL INTERES DEL INSCREDIAL de dar TERMINACION A ESTAS OBRAS LO MAS PRONTO POSIBLE PARA NO CONTINUAR CON EL PERJUICIO A LOS FUTUROS PROPIETARIOS Y DE AHI SE DESPRENDE EL INTERES DEL GERENTE REGIONAL PARA QUE SE PROCEDIERA A DARLE LA COLABORACION INMEDIATA A LA COMPAÑIA SURAMERICANA DE CONSTRUCCIONES pues se consideró como un hecho inmediato el perfeccionamiento del contrato...*PREGUNTADO: También de acuerdo a sus respuestas anteriores la Junta Directiva del INSCREDIAL autorizó la celebración de un contrato con SURAMERICANA DE CONSTRUCCIONES, según me parece durante los primeros meses de 1.982 y solo hasta Marzo de 1.983 se le ordenó que suspendiera las obras que hubiera adelantado, quiere decir lo anterior que Suramericana de Construcciones adelantó unas obras sin que se hubiere perfeccionado el correspondiente contrato? CONTESTO; *SI*".

En apoyo de la realidad descrita por los anteriores deponentes viene lo expuesto por el ingeniero Agrícola, CARLOS ALBERTO MESA RAMIREZ, quien era el JEFE DE COMPRAS DE LA COMPAÑIA SURAMERICANA DE CONSTRUCCIONES, y relata:

"En esa época yo era jefe de compra de la Compañía Suramericana de Construcciones, debido a este cargo *tuve conocimiento de la iniciación de labores por parte nuestra en la mencionada obra. Es importante aclarar que como jefe de compras tenia que estar a cargo del suministro de materiales a la obra y de la consecución de contratistas.... nosotros iniciamos labores sobre un total aproximado de 280 apartamentos en los cuales efectuamos trabajos de construcción de vigas, construcción y montaje de paneles en concreto, instalaciones hidráulicas, instalaciones eléctricas correspondientes, desagües y cajas de inspección. También fue necesario en el momento de iniciar labores, adecuar el predio en cuanto a cercas e instalaciones para control y ejecución de la obra...TODOS LOS PAGOS QUE SE DERIVARON DE LAS ACTIVIDADES QUE HE MENCIONADO CORRESPONDIENTES A LA OBRA BACHUE FUERON CANCELADOS POR SURAMERICANA DE CONSTRUCCIONES....*" (subrayas de la Sala).

Para el fallador la prueba que se deja enlistada, en todo su universo, es suficiente para dar por demostrado que la firma demandante ejecute unos trabajos que incrementaron el patrimonio del INSTITUTO DE CREDITO TERRITORIAL (Hoy INURBE), los cuales, al no ser pagados, dieron lugar a un enriquecimiento sin causa, fuente de la obligación que se ordenaré satisfacer en la parte resolutiva de este fallo. Solo sí se le rinde homenaje ala ley y al derecho, pues como ya se expuso, no tiene sentido patrocinar la conducta de la administración que niega el pago sin entrar a examinar su actitud permisiva, inspiradora de CONFIANZA, y señal inequívoca de asentimiento. El sentenciador se encuentra, pues, frente a un caso mas en que se pone en marcha la HIPOTESIS DEL NO DERECHO, que es la ausencia de ésta en cierto número de relaciones humanas en que él tenía vocación técnica suficiente para estar presente. Saben las personas cómo deben ajustar la conducta a la normatividad vigente o convencional, pero proceden de manera diferente y contraria a lo ordenado. Suelen vivir como si el derecho no existiera. El no-derecho, está de un lado, y el derecho en el otro. Hay muchos largos días de no-derecho, por sólo algunos instantes de derecho. El no-derecho lo convierten en la esencia, y el derecho en el accidente. Transitando por esa vía se busca la eliminación del juez al mismo tiempo que de la ley. Esta es la realidad fáctica que se vivencia en el caso en cemento. Se adjudicó el contrato a la firma demandada, pero antes de que este se suscribiera, se toleró que el actor ocupara los terrenos y llevara a cabo trabajos substanciales. Por qué procedió así la administración? Todo indica que con el mejor deseo de terminar rápidamente las obras. Pero ocurre que por conseguir esta finalidad, se olvidó de la normatividad cuya vigencia solo vino a invocar a posterior, esto es, cuando el CONTRATISTA había ejecutado una tarea de suyo importante. Si el *a-quem* no deniega las pretensiones de la demanda, es porque en el caso *sub-exámine* se vivencia el ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA, con todo el temperamento que tiene, verda jurídica que le permite rendirle culto mas al DERECHO que a la ley.

EMPOBRECIMIENTO EXPERIMENTADO POR LA SOCIEDAD DEMANDANTE.

El segundo presupuesto para que opere el enriquecimiento sin causa, es el empobrecimiento de la otra parte. Esta, necesariamente, debe haber sufrido una pérdida pecuniaria "o de un bien avaluable en dinero"; como lo enseña el profesor STARCK.

En el caso en comento este elemento se demostró plenamente. Para llegar a esta verdad basta apreciar el dictamen pericial que se practicó dentro de la actuación policiva a que ya se hizo referencia. De su simple lectura se desprende que la sociedad demandante sufrió un detrimento patrimonial que en su momento histórico llega a CUARENTA Y UN MILLONES SEISCIENTOS OCHENTA Y CINCO MIL DOSCIENTOS NOVENTA Y SIETE PESOS. ($41.685.297), cuyo pago se ordenará actualizado por el

período comprendido entre el tres (3) de marzo de 1.982 y el 31 de agosto de 1.992, lo cual arroja la cantidad de TRESCIENTOS NOVENTA Y CUATRO MILLONES OCHOCIENTOS NOVENTA Y TRES MIL SESENTA Y TRES PESOS CON DIEZ CENTAVOS Mcte. ($394.893.063.10). Se dispondrá también que sobre el capital histórico se reconozca un interés técnico del seis por ciento anual (6%), sin cobrar intereses de intereses. Por este concepto el centro de imputación jurídica demandado deberá pagar la suma de VEINTICINCO MILLONES QUINIENTOS OCHENTA Y SEIS MIL SETECIENTOS SETENTA Y SIETE PESOS CON VEINTIOCHO CENTAVOS MCTE. ($25.586.777.28), para un total por este rubro de CUATROCIENTOS VEINTE MILLONES CUATROCIENTOS SETENTA Y NUEVE MIL OCHOCIENTOS CUARENTA PESOS CON CUARENTA CENTAVOS ($420.479.840.40).

RELACION DE CAUSALIDAD ENTRE EL EMPOBRECIMIENTO Y EL ENRIQUECIMIENTO.

Este también se da en el caso en comento. No hay duda de que la administración se enriqueció por la conducta de la sociedad demandante, que invirtió en la Urbanización BACHUE la suma de dinero a que se hizo referencia en otro aparte de este proveído. En otras palabras: El enriquecimiento se presenta, en el caso *sub-exámine* como consecuencia del empobrecimiento del patrimonio de la firma SURAMERICANA DE CONSTRUCCIONES S.A. Se registra, pues, la filosofía que ENNECERUS, KIPP y WOLF destacan cuando predican:

> "Es menester que el enriquecimiento haya sido obtenido a EXPENSAS de otro; *es menester que la obtención de la ventaja por parte de uno haya costado algo a otro, esto es, tiene que causarle una desventaja o ser causada por tal desventaja. La ventaja del uno tiene que derivar de la desventaja del otro, o, a la inversa, ésta de aquella*": (Derecho de Obligaciones, T 11, Barcelona. Editorial Bosh, 1966-1955). (Subrayas de la Sala).

SUBSIDIARIEDAD DE LA ACCION

La Sala encuentra que el demandante ejercitó la acción que correspondía. En puridad de verdad no podía poner en marcha la contractual, por sustracción de materia. Por ello la Corporación patrocina la perspectiva jurídica que el apoderado de la carta actora manejó a lo largo del proceso, y, particularmente en sus alegatos, cuando discurre dentro del siguiente perfil:

> "La obligación de reparar no tiene en este caso su origen en ningún contrato, pues éste no llegó a celebrarse, sino en el hecho de haberse ejecutado unas obras por una entidad particular a instancias y por instrucciones de la entidad oficial en terrenos de esta última y que le han

producido un beneficio, que equivale al empobrecimiento de la sociedad que represento. En tales condiciones y no existiendo disposición especial en lo contencioso administrativo, la fuente de la obligación cuyo reconocimiento se impetra es la propia ley que consagra el principio según el cual nadie (incluidas las entidades públicas) puede enriquecerse a costa de otros. Este principio general de derecho está consagrado en varias disposiciones del Código Civil como los artículos 2304, 2313, a 2321, 1747, 2120, 2243, en otros y para hacerlo valer, el Derecho tiene instituida desde el tiempo de los romanos la "Actio in rem verso" la cual según jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de Justicia se fundamenta, además, en los artículos 5o, 8o y 48 de la Ley 53 de 1.987 (Véanse sentencias de Casación de septiembre 6 de 1.985, de septiembre 19 de 1985 de noviembre 10 de 1930, sentencia de abril 14 de 1.937, sentencia septiembre 6 de 1.940 y muchísimas otras más).

La doctrina europea y americana, así como la jurisprudencia nacional y extranjera admiten en el Derecho Administrativo la aplicación del principio general de Derecho que sanciona el enriquecimiento injusto y reconocen la viabilidad del ejercicio de la "actio in rem verse" en el contencioso administrativo, según quedó expresado en la demanda, dentro del cauce procesal del artículo 86 del C.C.A" (Cl, fol 181 y ss.ss.)

D) Finalmente, la Sala desea reiterar la pauta jurisprudencial que fijó en sentencia de once (11) de Octubre de mil novecientos noventa y uno (1.981), Expediente No. 5686. Actor HENNIO PUBLICIDAD LTDA, demandado Beneficencia del Valle, Consejero Ponente, Dr. JULIO CESAR URIBE ACOSTA, en la cual se discurre dentro del siguiente universo:

"F) A manera de pedagogía jurídica y judicial, para que las pautas jurisprudenciales puedan ser manejadas con todo su universo, la Sala desea recordar que la teoría del enriquecimiento sin causa no puede ser invocada, como fuente de obligaciones, sin reflexionar a fondo sobre la realidad fáctica que le sirve de apoyo. Con esto se quiere significar que la administración y al particular no pueden poner en marcha, a cada momento, relaciones de hecho, para eludir la normatividad sobre contratación administrativa, y con la mira puesta en que posteriormente se impetrará de la justicia el reconocimiento económico correspondiente, gracias al ejercicio de la *ACTIO IN REM VERSO*. En la materia que se estudia no puede perderse de vista, como reiteradamente lo ha expuesto la Corte Suprema de Justicia, que hay casos en que la ley misma autoriza el enriquecimiento, como sucede con la prescripción, o cuando la repetición ha sido prohibida por mandato expreso de ella. En sentencia de 19 de Septiembre de 1.986 XLIV, 435, la alta corporación recordó:

"La acción in rem verso no puede prosperar ni tiene cabida con el solo hecho de que haya enriquecimiento de un lado, sino que necesita que

haya empobrecimiento del otro y no basta la existencia de estos dos factores sino que se requiere su conjución; mas todavía, aún mediando ambos y relacionándose entre sí, *PUEDE NO PRODUCIRSE, YA PORQUE HAYA HABIDO ANIMO DE LIBERALIDAD, QUE EXCLUYE EL COBRO ULTERIOR,* ya porque la ley confiera acciones distintas que naturalmente excluyen esa, meramente subsidiaria *O AUTORICE EL ENRIQUECIMIENTO EN REFERENCIA*, como sucede, vbgr con la prescripción, con la *PROHIBICION DE REPETIR LO DADO POR CAUSA ILICITA*, o en relaciones como la de que es ejemplo el artículo 1.984 del C.C....".

"A su turno el Dr. Alvaro Pérez Vives, sobre el particular enseña:

Finalmente, no puede intentarse la acción que se deriva del enriquecimiento injusto cuando la repetición ha sido prohibida por cualquier mandato imperativo de la ley. Así, no podría repetirse lo que ha dado por una causa u objeto ilícito (art. 1525 del C.C)" (Teoría General de las Obligaciones. Volumen 1. Editorial Temis 1.952, pag. 332).

"Es incuestionable que en los tiempos que corren, la Administración, frente a lo que algunos tratadistas denominan LA FUERZA DE LOS HECHOS, se ve obligada a manejar relaciones de hecho, por razones de una buena administración, pero para que en tales casos se ponga en marcha la teoría del enriquecimiento sin causa, es indispensable que ella no haya tenido otra alternativa razonable para salvar la situación de emergencia, como muy bien se destaca en la sentencia de esta Sala de 11 de Diciembre de 1.984, en antes citada. Para situaciones con tal temperamento, será el juez, en definitiva, quien al valorar todas las circunstancias particulares del caso, definirá si el pago se justifica o no. Vía indiscutiblemente incierta y peligrosa, pero a falta de una mejor, los administrados deben ser conscientes del riesgo que corren cuando sin mayor juicio y prudencia, patrocina, con su conducta, el fraude a la ley".

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

FALLA:

1o) REVOCASE la sentencia calendada el día veinticinco (25) de Abril de mil novecientos noventa y uno (1991), proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, dentro del proceso del rubro, por las razones dadas en los considerandos de este fallo, y, en su lugar,

RESUELVE :

A) Declárase que el INSTITUTO DE CREDITO TERRITORIAL (Hoy INURBE), se enriqueció sin causa en detrimento del patrimonio de la Sociedad SURAMERICANA DE CONSTRUCCIONES S.A., por los hechos que se dejaron relatados y estudiados en los considerandos de esta providencia;

B) Como consecuencia de la declaratoria anterior se condena la INSTITUTO DE CREDITO TERRITORIAL (Hoy INURBE), a pagar a la firma SURAMERICANA DE CONSTRUCCIONES S.A. la suma de TRESCIENTOS NOVENTA Y CUATRO MILLONES OCHOCIENTOS NOVENTA Y TRES MIL SESENTA Y TRES PESOS CON DIEZ CENTAVOS MTE. ($394.893.063.10), valor de la obra ejecutada por ésta y no pagada por el centro de imputación jurídica demandado.

Se condena igualmente, al INSTITUTO DE CREDITO TERRITORIAL a pagar a SURAMERICANA DE CONSTRUCCIONES S.A., por concepto de intereses, a la tasa del seis por ciento (6%) anual, liquidados sobre el capital histórico y por el período comprendido entre el tres (3) de marzo de 1.982 y el 31 de agosto de 1.992, la suma de VEINTICINCO MILLONES QUINIENTOS OCHENTA Y SEIS MIL SETECIENTOS SETENTA Y SIETE PESOS CON VEINTIOCHO CENTAVOS MTE. ($25.586.777.28).

C) Como la sociedad demandante cedió y traspasó todos sus derechos a la sociedad EDIFICADORA CONVIVIENDA IDAS EN CONCRETO S.A. y la cesión fue aceptada por el *a quo* en providencia calendada el día cinco (5) de Octubre de mil novecientos ochenta y siete (1.987) (C.1,fol 91), los pagos aquí ordenados en favor de SURAMERICANA DE CONSTRUCCIONES S.A. se deberían hacer a "EDIFICADORA CONVIVIENDA IDEAS EN CONCRETO S.A.".

2) Deniéganse las demás pretensiones de la demanda.

3) A este fallo se le deberá dar cumplimiento en los términos establecidos en los artículos 176 y 177 del C. Contencioso Administrativo. Expídanse las copias del fallo con destino a los interesados precisando cuál de ellas presta mérito ejecutivo.

4) Ejecutoriado este fallo, devuélvase el expediente al tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE y CUMPLASE.

Daniel Suárez Hernández, Presidente de la Sala; *Carlos Betancur Jaramillo, Juan de Dios Montes Hernández, Julio César Uribe Acosta.*

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

CONTROVERSIAS CONTRACTUALES/ TRIBUNAL ADMINISTRATIVO/ COMPETENCIA FUNCIONAL

La derogatoria expresa que el Decreto 2304 de 1.989 hizo en su artículo 68 del numeral 2o. del artículo 128 del C.C.A., tuvo como única finalidad la de someter todas las controversias contractuales a un mismo régimen de competencia; vale decir, a la de los tribunales administrativos en única o primera instancia según la cuantía y el factor territorial. Entendió el decreto que no se justificaba la diferenciación que hacía el Código, máxime cuando a nivel seccional podrán presentarse asuntos de similares cuantía e importancia. Las acciones de nulidad de los contratos son una especie del género "controversias contractuales"

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera

Santafé de Bogotá, D.C., Septiembre diez (10) de mil novecientos noventa y dos (1.992).

Consejero Ponente : *Doctor Carlos Betancur Jaramillo.*

Referencia: Expediente N°. 7494. Contratos. Actor :Instituto de Seguros Sociales.

Procede la sala a decidir el recurso de súplica interpuesto contra el auto de 14 de Julio de 1.992, mediante el cual el señor consejero ponente Uribe Acosta dispuso remitir, por competencia, el expediente al tribunal administrativo de Cundinamarca.

El recurrente sustentó su recurso en los siguientes términos:

" 1º) Desafortunadamente el legislador extraordinario que dictó el decreto 2304 de 1.989 dejó sin cláusula particular de competencia a los procesos en los que se solicite exclusivamente la nulidad de los contratos administrativos o con cláusula de caducidad.

" Si su intención era la de consagrar la doble instancia para estos procesos en los que no existen pretensiones económicas, debió expedir una norma en este sentido, pero no derogar la que existía y dejar en un limbo jurídico la tramitación de los procesos que carecen de cuantía en materia contractual.

" La sola derogatoria no hace suponer que la intención del legislador fué la de darle a estos procesos dos instancias, pues al no prever nada sobre ellos, permite pensar en un error en la cita de la norma que contiene la derogatoria, máxime que en tratándose de los demás actos administrativos, las controversias contra éstos que carecen de cuantía siguen la regla tradicional.

" 2º) No es válido sostener que de todas formas estos procesos tienen cuantía y que ella se deduce de las prestaciones mutuas, pues según el artículo 287 inciso 3º del decreto ley 222 de 1.983, la consecuencia jurídica de la nulidad decretada por el Juez es la liquidación del contrato, por lo cual, al existir norma expresa que regula las consecuencias de la nulidad no puede acudirse al Código Civil para hablar de prestaciones mutuas. Pero aún suponiendo que existieran estas prestaciones mutuas, si no se piden en la demanda el Juez no puede entrar a regularlas pues está fallando *extra petita.*

" 3º) Tampoco es válido sostener que la cuantía para determinar si es de una o dos instancias depende del valor del contrato, pues puede darse el caso de un contrato de un valor ínfimo, en el cual las condenas que se piden y que determinan la cuantía sean multimillonarias, y al contrario, contratos enormes que den lugar a peticiones mínimas.

"4º) La cuantía se fija con la presentación de la demanda, y depende de la cuantía de las peticiones y no del valor de las condenas en la sentencia, pues si fuera esto último, la apelación se habría instituido únicamente en favor de la parte demandada, única condenada. La parte actora jamás podría apelar pues cuando pierde un pleito no hay condena. El argumento de auto recurrido rompe el principio de la igualdad entre las partes y con el de la "*perpetuatio jurisditionis.*"

" 5º) Por último, cabe recordar que el Juez natural de los actos de las Autoridades Nacionales es el Consejo de Estado, máxime si se busca la

tutela del orden jurídico objetivo. Es tan cierto este hecho, que en estos proceso no se han pedido pruebas diferentes del contrato mismo y sus antecedentes anexos a la demanda, pues no se trata de analizar la ejecución o el cumplimiento de sus obligaciones, sino el de definir la legalidad del consentimiento expresado por la Administración en el proceso contractual."

Para resolver, se considera:

No comparte la sala las razones expuestas por el recurrente, en el sentido de que el decreto 2304, al dejar sin regla de competencia los procesos de nulidad de los contratos administrativos, impuso la cláusula general contemplada en el numeral 16 del artículo 128 del C.C.A.

No; la derogatoria expresa que dicho decreto hizo en su art.68 del numeral 2 de ese artículo 128, tuvo como única finalidad la de someter todas las controversias contractuales a un mismo régimen de competencia; vale decir, a la de los tribunales administrativos en única o primera instancia según la cuantía y el factor territorial. Entendió el decreto que no se justificaba la diferenciación que hacía el código, máxime cuando a nivel seccional podrán presentarse asuntos de similares cuantía e importancia.

Para entender esto hay que tener en cuenta que el numeral 2 del artículo 128 sólo hacía una excepción a la regla general de competencia en materia contractual. Quiso así el legislador darle un juez de mayor categoría a las acciones de nulidad de los contratos nacionales, por la importancia de éstos y por la trascendencia que para la economía nacional tenían. Pero se convenció a la larga que no existía un motivo para esa diferenciación y volvió las cosas a su cauce normal, regido en materia de competencia por los numerales 8 de los artículos 131 y 132 del C.C.A.

Además, interpretados estos numerales en armonía con el artículo 87 del mismo estatuto, se infiere que las acciones de nulidad de los contratos son una especie del género "controversias contractuales", según el enunciado de este artículo.

Por lo expuesto, la Sala de Decisión,

RESUELVE:

Confírmase el auto de 14 de julio de 1.992, dictado por el señor consejero Uribe Acosta.

COPIESE Y NOTIFIQUESE.

Esta providencia fue aprobada por la sala en su sesión celebrada el día 10 de septiembre de 1.992.

Daniel Suárez Hernández, Presidente de la Sala; *Carlos Betancur Jaramillo, Juan de Dios Montes Hernández.*

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

CONTRATO ADMINISTRATIVO-Incumplimiento/ **MULTA/ CONTRATO ADMINISTRATIVO/ PLAZO**-Prórroga/ **PRINCIPIO DE LA BUENA FE**

La potestad para imponer multas al contratista incumplido, cuando el incumplimiento no fuese suficiente para la declaratoria de caducidad, sólo puede ser ejercida válidamente mientras el plazo contractual esté en vigor; vencido este término, finalizan con él las atribuciones de exorbitancia, quedando al conocimiento de las autoridades jurisdiccionales la solución de las controversias surgidas entre la administración y el contratista. En el *sub lite* las prórrogas del plazo para la entrega de la obra se acordaron previa la aceptación por el contratista, de su incumplimiento y, por lo tanto, de la imposición de las multas que se habían convenido. La aceptación de la imposición de las multas para obtener la prórroga del plazo para entregar la obra no puede "*a posteriori*" invertirse desfavorable de su propia actuación, máxime cuando la primera constituía una condición para la operación de la segunda, pues, de no haber ocurrido, la única solución prevista en el contrato era la declaratoria de caducidad del mismo.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera

Santafé de Bogotá, D.C., Septiembre diecisiete (17) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente : *Doctor Juan de Dios Montes Hernández.*

Referencia: Expediente N°. 5465 . Actor :Guillermo Hernán Hormaza Rey.

Resuelve la Sala el recurso de apelación propuesta por el actor, en contra de la sentencia que pronunció el Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Cauca el 14 de junio de 1.988, por medio de la cual denegó las peticiones de la demanda.

ANTECEDENTES:

1o. El 27 de mayo de 1.988, por medio de apoderado judicial, Guillermo Hernán Hormaza Rey, en ejercicio de las acciones consagradas en los artículos 85 y 87 del C.C.A., demandó a la Universidad del Cauca, buscando satisfacer estas pretensiones:

"PRIMERO : Que es nula la Resolución Número 2774 del 21 de octubre de 1986, expedida por el Rector de la Universidad del Cauca, por medio de la cual se impusieron al ingeniero GUILLERMO HERNAN HORMAZA REY dos multas por valores de DOS MILLONES OCHOCIENTOS OCHENTA Y NUEVE MIL SEISCIENTOS OCHENTA Y TRES PESOS CON DIECINUEVE CENTAVOS ($2.889.683,19) y TREINTA Y UN MIL QUINIENTOS NOVENTA Y NUEVE PESOS CON NOVENTA Y UN CENTAVOS ($31.599,91).

"SEGUNDO : Que es nula la Resolución Número 111 del 23 de enero de 1987, expedida por el Rector de la Universidad del Cauca, por medio de la cual no se repuso el acto anterior.

"TERCERO : Que la UNIVERSIDAD DEL CAUCA debe restablecer plenamente los derechos de GUILLERMO HERNAN HORMAZA REY, e indemnizar los perjuicios a él causados por razón o con ocasión de los actos acusados, constituidos, entre otros, por los daños directos e indirectos, en sus aspectos de daño emergente y lucro cesante; los perjuicios materiales y los sufridos en el "good will" o buen nombre empresarial de mi poderdante.

"CUARTO : Que el monto indemnizatorio debe actualizarse o corregirse monetariamente, a fin de que se compensen los efectos de la pérdida del poder adquisitivo del dinero (inflación) entre la época de causación del daño y la fecha del pago efectivo.

"QUINTO : Que la UNIVERSIDAD DEL CAUCA debe dar cumplimiento a la sentencia dentro del término de treinta (30) días contados desde su comunicación.

"SEXTO : Que la UNIVERSIDAD DEL CAUCA pagará en favor de mi representado intereses comerciales sobre la cantidad líquida reconocida, durante los seis (6) meses siguientes a su ejecutoria, e intereses moratorios después de este término." (fls. 33-34. C.1).

2o. Para apoyar sus peticiones el actor dijo:

a.- Que el 12 de noviembre de 1.985 celebró un contrato con la Universidad del Cauca, para la construcción del "Edificio Aulas E.L.", en la ciudad de Popayán, obra que debía entregarse dentro de los 196 días calendario siguientes a la fecha del acta de iniciación de la obra.

b.- " Durante el desarrollo del Contrato, la Universidad del Cauca demoró el pago de cuentas mensuales de obra ejecutada o de las respectivas cuentas de ajuste, de modo que durante diversos períodos se encontraron pendientes de pago mas de tres cuentas. Fue así como el 20 de abril de 1986, fecha en que el Contratista presentó el acta de obra No. 4, estaban pendientes de pago el acta de obra No. 3, el acta de obra No. 2 y el acta de reajuste No. 1.

Esta situación se prolongó hasta el 8 de mayo de 1986, cuando la UNIVERSIDAD DEL CAUCA canceló el acta de reajuste No. 1 y el acta de obra No. 3.

"Dado lo anterior, y en razón de lo dispuesto por el literal d) de la Cláusula Novena del Contrato, el 3 de julio de 1986 las partes suscribieron el Contrato Adicional Número 052, en el cual se estipuló:

""El plazo para la ejecución de las obras fijado en el Contrato Inicial Número 110 del 12 de noviembre de 1985 se prorrogará por 19 días calendario, contados a partir del 3 de julio de 1986, hasta el 21 de julio de 1986 inclusive; esta ampliación de plazo se concede, teniendo en cuenta disposiciones contenidas en la Cláusula Novena, literal d), del Contrato Inicial, en el cual se consagra como justificación de prórroga, el hecho de que la Universidad atrase sus pagos en mas de 3 actas mensuales consecutivas, lo cual se demuestra en el Anexo No. 1 de esta Adición". (fls. 36-37. C.1).

"c) El 21 de julio de 1982, las partes suscribieron un nuevo contrato adicional, distinguido con el número 054 de 1986, mediante el cual:

""El valor del contrato inicial, se incrementará en un 25%, equivalente a $26,756.325,80 moneda corriente, por aumento en las cantidades de obra, existencia de obras adicionales y complementarias y reajustes.

"Curiosamente, el plazo no se modificó, y VENCIA EL MISMO DIA:

""El plazo pactado para la ejecución de estas obras, será el vigente, hasta el 21 de julio de 1986".

"Pero el mismo día, sin considerar que las mayores cantidades de obra resultantes, las obras adicionales y las obras extras requerían también un plazo mayor, un plazo extra, un plazo adicional, y como condición para la continuación del contrato, la UNIVERSIDAD DEL CAUCA sometió a la firma del Contratista otro contrato adicional - el número 055 de 1986- por el cual:

"El plazo para las obras fijado en el Contrato Inicial Número 110 de 1985 y adicionales números 052 y 054 de 1986, se prorrogará *bajo la imposición de las multas previstas en la Cláusula Décimaquinta del Contrato Inicial*, por 30 días calendario, contados a partir del 22 de julio de 1986, hasta el 20 de agosto de 1986, inclusive". Folios 37-38. C.1).

"d.- La UNIVERSIDAD DEL CAUCA incumplió el contrato de varias otras maneras, entre las cuales merecen destacarse las siguientes:

"a) A pesar de su inmenso retardo en el pago de las cuentas en favor del Contratista, omitió dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 86 del Decreto 222 de 1983, según el cual la revisión de precios se debe reconocer "con el índice de ajuste correspondiente al mes anterior al mes *en que se pague* la obra ejecutada".

"b) Así mismo incumplió el pago del interés estipulado en la cláusula Novena del Contrato sobre las actas en cuyo pago sobrepasará el plazo de 60 días.

"c) En forma unilateral, durante el desarrollo del contrato, estableció una tasa o impuesto del 2% sobre las cuentas que presentaba el Contratista, y dedujo esta cantidad de las sumas en cada caso pagaderas. Vale decir, en razón de este ilegal mecanismo, incumplió en el pago de todas y cada una de las actas de obra y actas de reajuste, que nunca pagó en forma completa.

"9. El 1o. de septiembre de 1986, las partes suscribieron el Acta de Recibo Final de Obra, en la cual se dejó constancia de que la UNIVERSIDAD recibió a satisfacción las obras contratadas.

"10. El 21 de octubre de 1986, el Rector de la UNIVERSIDAD DEL CAUCA expidió la Resolución Número 2774 por medio de la cual impuso al Contratista dos multas, por no haber entregado la obra el día 19 de julio de 1986. (fl. 39, C.1).-

"e) El Rector de la UNIVERSIDAD DEL CAUCA resolvió el recurso de reposición presentado por el ingeniero HORMAZA REY mediante la Resolución Número 111 de 23 de enero de 1987, en el sentido de confirmar las multas impuestas. Esta resolución fue notificada personalmente a mi poderdante el día 28 de enero de 1987." (fl.40-41. C.1)

3. Estimó que los actos cuya nulidad solicita quebrantaron los artículos 2, 16, 55 y 58 de la Constitución Política de 1.886; 1609 del C.C; 1695 a 1697 del Co. de Co.; 3, 44, 48, 58, 61, 84 y 87 del C.C.A; 60, 62, 64, 71 y 72 del C.C.A; y las cláusulas del contrato.

4.- En el concepto de la violación destacó "la incompetencia del Rector de la Universidad del Cauca para haber expedido los actos acusados", por cuanto ejercitó facultades exorbitantes una vez terminado el contrato desplazando una función propia de la rama judicial; y la falsa motivación de dichos actos, dado que el incumplimiento contractual es imputable a la demandada (la demora en los pagos) cuya resultante inmediata fue la construcción de la obra por fuera de los plazos previstos (fls. 41-46 del C.1).

5. El Tribunal admitió la demanda (fls. 61 del C.1) y notificó el auto admisorio a la entidad demandada (fl. 63), la cual constituyó apoderado especial y la contestó (fls. 69-77); se opuso a las pretensiones deprecadas; respecto de los hechos admitió haber celebrado el contrato que se relaciona en la demanda pero negó haberlo incumplido, agregó que las multas se impusieron porque no reunían las condiciones del contrato para pactar, sin sanción, la prórroga del plazo; en lo pertinente dijo:

"Al hecho 3.- Es parcialmente, cierto. Como ocurre en toda entidad, pública o privada, durante la ejecución de cualquier clase de contrato, es lógico que se presentan inconvenientes presupuestales o de cualquier otra índole, que retrasan el pago de las distintas cuentas que en ella se originan. No es cierto que, conforme al texto contractual de retraso en el pago de mas de "... tres (3) actas mensuales consecutivas..." hubiera habido "...durante diversos períodos..." "...pendientes de pago mas de tres cuentas". Hubo, en cierta ocasión acumulación de mas de tres (3) cuentas, pero a las que se le había hecho abonos o amortizaciones, hasta del ochenta por ciento (80%), tal el caso del Acta de Obra No. 2, que siendo un valor de $5'964.120.oo, la Universidad le adeudaba, únicamente, $1'000.000, para referirme concretamente, a la afirmación del actor en el hecho que se debate: "Fue así como el 20 de abril de 1.986, fecha en que el Contratista presentó el acta de obra No. 4, estaban pendientes de pago el acta de obra No. 3, el acta de obra No. 2 y el acta de reajusta No. 1".

"Pero, no obstante, el que, literalmente no se cumplían las exigencias contractuales de la prórroga del plazo del contrato, sin sanción, como el mismo actor lo confiesa, la Universidad le accedió a su solicitud de ampliación de término contractual, la que se estampó en el CONTRATO ADICIONAL No. 052 del 3 de julio de 1986, olvidando en este punto el libelista, las razones que llevaron a la UNIVERSIDAD a acceder a su pretensión, expuesta en Oficio No. 126 del 17 de junio de 1986. Justificó, así, la UNIVERSIDAD, esa prórroga:

""Ninguna de las razones por usted expuestas en el oficio No. 126 constituye las figuras jurídicas de Fuerza Mayor o Caso Fortuito.

"Por otro lado, la Oficina Administradora del Proyecto, analizando las fechas de presentación de las cuentas de cobro correspondientes a las Actas Mensuales de Obra y sus respectivos Reajustes, pudo establecer que entre el 17 de febrero y el 20 de Abril, usted presentó para su correspondiente pago, 2 ACTAS Parciales y 2 Actas Completas de Obra Mensual, las cuales fueron canceladas, 1 parcialmente el 12 de Marzo y las otras 3 después del 8 de mayo... .

""En consideración a lo anterior y dando una interpretación tal a la norma, *que afectase lo menos la estabilidad económica del contratista y* por ende de la obra, por la magnitud de las multas en camino, se aceptó que el 20 de abril se había configurado la causal establecida en la Cláusula Novena, pese a haberse efectuado un pago parcial de 1 de las Actas, motivo que desapareció completamente el 8 de Mayo cuando se efectuaron pagos sobre 2 de ellas..."

(Of. 177 del 31 de julio de 1986, dirigido por la Universidad al Ing. Guillermo Hernán Hormaza Rey).

"Al hecho 4.- Es cierto, en cuanto a que, efectivamente, el día 21 de julio de 1986, no como lo afirma el demandante "1982", a las partes suscribieron un nuevo contrato adicional, distinguido con el número 054 de 1986..."

"El "Curiosamente" con que hoy se sorprende el demandante, no revistió curiosidad alguna, ese 21 de julio de 1986, pues, bien lo sabe el Contratista, con ese Contrato 054, se legalizó un incremento del 25% del valor del contrato, suma ella con la que se le pagarían al Contratista, obras ejecutadas y reajustes de actas que no tenían disponibilidad presupuestal, y el resto, para la ejecución de obra pendiente. Como ya se habían ejecutado varias obras que no tenían apropiación presupuestal, respecto de ellas, se practicó, lo que transcribe el actor:

""El plazo pactado para la ejecución de estas obras, será el vigente, hasta el 21 de Julio de 1986".

"Al hecho 5.- Es, parcialmente, cierto. Ese mismo día, 21 de julio de 1986, se elaboró el CONTRATO 055, en el que se pactaba la prórroga del contrato, en cuanto al plazo, pero con la modalidad pactada en el Contrato No. 110 de 1985, o Contrato Inicial, "de imposición de multas", pues el Contratista no había justificado esa prórroga. Y el Contrato se le entregó al Contratista para que si convenía en lo allí pactado, lo firmara y lo legalizara. Si no, ese día 21 de julio de 1986, terminaría definitivamente, el Contrato No. 110 y sus Adicionales 052 y 054, quedándole al Contratista el compromiso de responder ante la UNIVERSIDAD por el incumplimiento del ameritado contrato. Ante esa alternativa de responder, desde ese 21 de julio de 1986, por las consecuencias del no cumplimiento de su contrato, o de continuar su ejecución, bajo el apremio de las multas que se pactaban en el 055, lo firmó y lo legalizó.

"Al hecho 6.- De ser verdadero este hecho, con absoluta seguridad, el Contratista hubiera hecho uso de la facultad que le otorgaba el Contrato No. 110/85, en su cláusula novena. Por qué, si como lo afirma el actor "...se volvió crónica una situación en que se encontraran mas de tres actas pendientes de pago...", no solicitó de la UNIVERSIDAD la prórroga contractual pactada en esa cláusula novena, como prórroga justificada?, No existirá otra respuesta a ese interrogante que la de no ser cierta esa CRONICA situación de incumplimiento por parte de la Universidad. (fls. 69-72, C.1).-

Consideró que en el contrato se pactaron dos clases de prórroga: una justificada que no daba lugar a la imposición de multas, motivada en la fuerza mayor, el caso fortuito o el atraso en los pagos de tres cuentas mensuales consecutivas por parte de la universidad; la otra, no justificada, cuya operancia implicada que el contratista soportara la sanción pecuniaria o la terminación definitiva del contrato por el incumplimiento del plazo; contradice la pretendida falta de competencia del rector para proferir los actos que impusieron las multas, pues esta "...situación nace a la vida jurídica en virtud del mutuo acuerdo de las partes contratadas..." y no es, por consiguiente, el resultado del ejercicio de un potestad exorbitante del ente estatal.

6.- Decretadas las pruebas pedidas por las partes, se dispuso, para su práctica, un término de treinta días (fls. 82 del C.1), al cabo de las cuales alegaron de conclusión y rindió concepto el fiscal del tribunal. El apoderado judicial del actor insiste en que los actos acusados adolecen de falta de competencia para su expedición y de falsa motivación y sustenta su tesis con doctrina y jurisprudencia (fls. 94-97); la universidad del Cauca, por su parte, se refiere a algunos de los hechos de la demanda en estos términos:

"En el hecho 3 de la demanda, afirma el actor que "Durante el desarrollo del Contrato, la UNIVERSIDAD DEL CAUCA demoró el pago de cuentas mensuales de obra ejecutada o de las *respectivas cuentas de ajuste* (lo subrayado no es del texto del libelo), de modo que durante diversos períodos se encontraron pendientes de pago mas de tres cuentas". Lo aquí expuesto por el actor, es un sofisma de distracción. Porque, si bien como lo reconoció la Universidad al descorrer el traslado de la demanda y referirse a este hecho "...en toda entidad pública o privada, durante la ejecución de cualquier clase de contrato, es lógico que se presentan inconvenientes presupuestales o de cualquier otra índole, que retrasan el pago de las distintas cuentas que en ella se originan", en la cláusula NOVENA DEL CONTRATO NO. 110 DE 1985, se pactó: "NOVENA- CONDICIONES PARA EL PAGO DE CUENTAS : Para que LA UNIVERSIDAD, acepte trámite o pague cualquier cuenta de cobro, a excepción de la cuenta de Anticipo, se requiere que previamente cada una de las cuentas reúna las siguientes condiciones: a) Que el Acta de Recibo de la *Obra correspondiente* esté debidamente firmada por el INTERVENTOR, por el COORDINADOR de la Oficina de Reconstrucción, por el Asistente Técnico y de la Auditoría. b) Que el valor de cada una de las cuentas de cobro *sea por Obra ejecutada y recibida a satisfacción mensualmente*...Por consiguiente, no podrá considerarse como justificación de prórroga del Contrato el hecho de que LA UNIVERSIDAD atrase sus pagos, siempre y cuando no se exceda de tres (3) Actas mensuales consecutivas". (Lo subrayado, tampoco es del texto del contrato). De donde, según el contrato No. 110 de 1985, no toda clase de retraso en el pago de cuentas, es consecutiva de "prórroga del Contrato". Unicamente, cuando el atraso "exceda de tres (3) Actas mensuales consecutivas". El sofisma de distracción utilizado en la demanda, y sobre el cual gira, gran parte de la contienda jurisdiccional, consiste en que el actor pretende hacerle creer al Tribunal, que el retraso en el pago de mas de tres (3) actas, no mensuales ni consecutivas, sino de cualquier índole, fue lo pactado en el contrato. No, se las transcripciones (sic) de la cláusula NOVENA, que se han subrayado: "Acta de Recibo de Obra correspondiente "y" Que el valor de cada una de las cuentas de cobro sea por Obra ejecutada y recibida a satisfacción mensualmente", así como de la explicación, dada con suficiencia por los testigos, ingenieros HUGO ALDEMAR COSME VARGAS y ARMANDO ESCOBAR ROJAS, Coordinador, el primero, y Asistente Técnico, el segundo, de la Oficina de Reconstrucción de la Universidad del Cauca, se concluye que el retraso contractual que da origen a la prórroga del contrato, es el en que (sic) incurre la Universidad, cuando no paga mas de tres (3) Actas mensuales y consecutivas, de obra. Si en el mes, se fracciona la obra ejecutada, en dos o tres, como ocurrió con el Acta No. 8, fraccionada en Acta de Obra 8A y Acta de Obra No. 8B, pero correspondiente, a un mes, no se podrá tomar, por dos actas consecutivas mensuales, pues corresponden, a un solo mes.

Tampoco se presenta el fenómeno previsto en la cláusula NOVENA, si el no pago, es de una o dos actas, de obra mensualmente consecutivas, y de dos o mas, actas de reajuste o ajuste de precios, como, son los casos invocados por el Actor, en su demanda. De tal manera, lo afirmado por el actor en el hecho 3, de la demanda, en el sentido de que "..el 20 de abril de 1986, fecha en que el Contratista presentó el acta de obra No. 4, estaban pendientes de pago el acta de obra No 3, el acta de obra No. 2 y el acta de reajuste No. 1", no se aviene a lo estipulado en la cláusula NOVENA pretranscrita.

"Y, exactamente, en este mismo punto, un nuevo sofisma de distracción se ofrece al honorable Tribunal. En efecto, mediante el oficio HO-P-126 del 17 de junio de 1986, que obra como prueba en el proceso, y luego de que en los Informes de Costos del mes de abril de 1986, Interventoría había dejando la constancia de que "Hasta el mes de abril se observa que la obra ejecutada según corte es menor a la obra ejecutada según flujo de desembolso inicial por el atraso de una semana que presenta la obra" y respecto del mes de mayo de 1986, que "La obra ejecutada hasta la fecha presenta atraso de 3 semanas debido a problemas económicos de parte del contratista", este, en aquel oficio, solicita"...una prórroga del plazo para la terminación de la obra por un tiempo mínimo de cuarenta y cinco (45) días calendario", y, la Universidad, teniendo de presente que las razones expuestas por el contratista no constituyen "las figuras jurídicas de Fuerza Mayor o Caso Fortuito" ni que el atraso en las cuentas de cobro que allí se relacionan, se sitúan dentro del tenor literal de las condiciones pactadas en la cláusula NOVENA, "...dando una interpretación tal a la norma, que afectase lo menos la estabilidad económica del Contratista y por ende de la obra, por la magnitud de las multas en camino..." (Véase Oficio No. 117 del 31 de julio de 1986, entre las pruebas) "...aceptó que el 20 de abril se había configurado la causal establecida en la Cláusula Novena, pese a haberse efectuado un pago parcial de 1 de las Actas...", y le concedió la prórroga del contrato, sin imposición de multas, hasta por diecinueve (19) días calendario. Bajo tal motivación, se suscribió, entre las partes contratantes, el CONTRATO NUMERO 052 DE 1986- ADICIONAL AL PLAZO.- Así se escribió su cláusula PRIMERA - Plazo. "El plazo para la ejecución de las obras fijado en el Contrato inicial Número 110 del 12 de Noviembre de 1985, se prorrogará por diecinueve (19) días calendario, contados a partir del tres (3) de julio de mil novecientos ochenta y seis (1986), hasta el veintiuno (21) de Julio de mil novecientos ochenta y seis (1986) inclusive; esta ampliación de plazo se concede, teniendo en cuenta disposiciones contenidas en la Cláusula Novena..." No se quiera, pues, hacer caer en error, al Tribunal, aduciendo la circunstancia del atraso memorado en el hecho de la demanda, como si la Universidad, no hubiera concedido la prórroga pedida, y sin imposición de multas. Repito, aunque, como se ha visto antes, no se satisfacían, a cabalidad, las

exigencias de la cláusula novena del Contrato No. 110 de 1985, la Universidad "...dando una interpretación tal a la norma, que afectase lo menos la estabilidad económica del Contratista y por ende de la obra,..." accedió a la petición de prórroga del contratista.

"En imprecisiones similares incurre el actor, cuando en el hecho 6, afirma que "LA UNIVERSIDAD DEL CAUCA continuó demorando el pago de las cuentas, de modo que durante la extensión del plazo contractual se volvió crónica una situación en que se encontraran mas de tres actas pendientes de pago, así:

"- Entre el 14 de julio y el 17 de julio (3 días) se encontraban pendientes de pago las cuentas 5B, 6R, 7 y 7R", pero, observará el H. Tribunal que de la enunciación que aquí se da, sólo un Acta, la No. 7, corresponde a obra recibida por haber sido ejecutada, en un determinado mes. El resto, corresponde a actas de reajustes, esto es, de pago complementario de Actas de Obras correspondientes a los Nrs. 5 y 6, ya pagadas.

"Idénticos planeamientos se le pueden hacer a las afirmaciones del actor, en este hecho 6:

"Entre el 24 de julio y el 1 de agosto (8 días) se encontraban pendientes de pago las cuentas 5R, 6R, 7R y 8A", esto es, tres (3) actas de reajuste y no de obra, y una parcial de obra, la 8A, respecto de la que, el mismo Contratista, en escrito del 30 de julio de 1986, había pedido a la Universidad, le fraccionaran el Acta del mes de julio de 1986, en 8A, 8B y 8C, con la "...constancia de que para los efectos legales a que tenga lugar estas tres (3) Actas deberán tomarse como una sola que le llamará Acta de Liquidación mensual No. 08. Entonces, además, de que no se presenta el fenómeno de las mas de tres (3) Actas de obra mensuales consecutivas, la 8A, es, apenas, una tercera parte del "Acta de Liquidación mensual No. 08". Y,

"Entre el 1 de agosto y el 20 de agosto (19) días se encontraban pendientes de pago las cuentas 5R, 6R, 7R y 8A". Válido es aquí, el planteamiento precedente.

"El hecho 7, se afirma: "Sin embargo, haciendo caso omiso de su grave incumplimiento, la UNIVERSIDAD DEL CAUCA sometió de nuevo al Contratista un contrato de prórroga de plazo "bajo imposición de multas..." No le hace el actor, caer en la cuenta al Tribunal, que en el Contrato 110 de 1985, existe también la cláusula DECIMA SEGUNDA-PRORROGA DEL PLAZO: "Solamente por causas de fuerza mayor o caso fortuito debidamente comprobados, LA UNIVERSIDAD concederá ampliación sin multa al plazo inicialmente pactado o en el caso considerado en la Cláusula Novena, literal d). En caso contrario LA

UNIVERSIDAD podrá prorrogarlo previa imposición de una multa o declarar la caducidad administrativa del Contrato, si a su juicio se hace inconveniente la continuación del mismo. Para efectos de conceder la prórroga, el CONTRATISTA deberá presentar antes de los quince (15) días calendario al vencimiento del respectivo plazo, la petición de prórroga debidamente justificada, anexando los documentos que la acrediten". Entonces, honorables Magistrados, me pregunto: Por qué, si en criterio del actor, se habían satisfecho las exigencias de la cláusula Novena, literal d) del Contrato No. 110 de 1985, no presentó, antes de los quince (15) días calendario, en cada uno de los tres (3) momentos, a que alude en el hecho 6 de su demanda, la petición de prórroga, debidamente justificada y acompañada de los documentos para acreditar tales condiciones?. Porque, como se dará cuenta el Tribunal, fuera de la petición de prórroga del Oficio No. HO-P-126-86, del 17 de junio de 1986, ya referido, no existe ninguna otra solicitud en tal sentido. Por qué?. Porque para ese entonces, como no se configuraban tales condiciones, al Contratista, únicamente, le interesaba concluir ciertas obras, no todas, así fuera, mediante prórroga no justificada, esto es, como imposición de multas." (fls. 99-103, C.1).

Respecto de la falta de competencia alegada por el actor, la Universidad argumenta:

"En la aplicación de las sanciones, multas por incumplimiento del contrato No. 110 de 1985, la Universidad, bajo ningún aspecto, hizo uso del poder exorbitante que la ley le ha concedido. Simplemente, llevó a efecto, un convenio escrito, en el cual, el CONTRATISTA ante la alternativa de tomar o dejar el contrato, lo tomó, con las consecuencias derivadas de esa aceptación. La Universidad del Cauca, con la suscripción de los contratos adicionales No. 055 del 21 de julio de 1986 y 076 del 21 de agosto de 1986, permitió que EL CONTRATISTA, voluntariamente, continuara con la ejecución del contrato, pero "bajo la imposición de las multas previstas en la Cláusula Décima Quinta del Contrato Inicial..." Y, a esa aceptación, no está probado en el proceso, que la UNIVERSIDAD hubiera presionado al CONTRATISTA, lo hubiera obligado, a suscribir la prórroga. EL CONTRATISTA necesitaba ejecutar una serie de obras, escogidas por él como convenientes a sus intereses económicos. El resto, lo dejó para que otro contratista, las hiciera. La mejor prueba de esa situación, radica, en la existencia de dos contratos, firmados en un mismo e idéntico día: el 21 de julio de 1986. Por el primero, el 054, la Universidad ampliaba el valor del contrato en "un veinticinco por ciento (25%), equivalente a la suma de VEINTISEIS MILLONES SETECIENTOS CINCUENTA Y SEIS MIL TRESCIENTOS VEINTICINCO PESOS CON 80/100 ($26'756.325.80) ...", suma ésta que cubría parte de la obra ejecutada por el CONTRATISTA y que no tenía disponibilidad presupuestal. Por eso,

ese mismo día, 21 de julio de 1986, el contrato terminaba. Si el CONTRATISTA hubiera querido, le hubiera bastado firmar ese contrato, únicamente, recuperando el valor de las obras ejecutadas, no se hubiera visto afectado, por las multas que ya la Universidad no podía aplicar por carecer, en esa fecha, de la competencia transitoria de la exorbitancia contractual. Simplemente, con la firma del Contrato 054, se hubiera procedido a recibir la obra ejecutada, y a liquidar el Contrato, como terminó el Contrato Adicional No. 076 del 21 de agosto de 1986, el día 1o. de septiembre de 1986. En este último día, tampoco el Contratista había ejecutado, a cabalidad, el objeto del contrato No. 110 de 1985, pero como no hubo CONTRATO ADICIONAL CON IMPOSICION DE MULTAS, la UNIVERSIDAD lo dio por cumplido, en esa fecha. Así se lee en la referida ACTA DE RECIBO FINAL DE OBRA, cuya fotocopia auténtica obra entre las pruebas, suscrita ese día 1o. de septiembre de 1986, por el Rector de la Universidad, por el Coordinador y el Asistente Técnico de la Oficina de Reconstrucción, por el Ingeniero Contratista y por el Ingeniero Interventor:

"6. Existe para este Edificio obras adicionales no ejecutadas y obras contractuales con variaciones de diseño que serán adjudicadas a un nuevo Contratista, sin que ello implique incumplimiento del Contrato por parte del Ing. Guillermo Hernán Hormaza Rey".

"Sin embargo, en forma simultánea con la presentación del Contrato 054, la UNIVERSIDAD ofreció al CONTRATISTA la oportunidad de continuar la ejecución del objeto contractual, pero como no se habían dado las circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito, o las condiciones previstas en la cláusula Novena, literal d) del Contrato, la prórroga, sólo era viable, bajo la imposición de una multa, del "...uno por mil (1/1000) del valor del Contrato por cada día de prórroga solicitada durante lapso no superior a sesenta días calendario...".

"Como el CONTRATISTA aceptara esta segunda alternativa, procedió a la legalización del contrato 055 del 21 de abril de 1986, aceptando voluntariamente, pues no ha probado ni error, ni fuerza o dolo, que haya afectado su consentimiento. Por lo tanto, habiendo suscrito el CONTRATISTA los contratos 054 y 055, el mismo día, el día 15 de agosto de 1986, con los oficios HO-P-159-86 y HO-P-163-86, respectivamente, los entrega al Coordinador de la Oficina de Reconstrucción de la Universidad, debidamente, publicados y registrados. Sólo, seis (6) días después, el 21 de agosto de 1986, mediante el oficio HO-P-160-86 el Contratista le hace saber a la UNIVERSIDAD que se abstiene de firmar el Contrato No. 055 de 1986, por tres (3) razones que en tal escrito, relaciona. No obstante, el Contrato 055 fue suscrito por el Contratista y ejecutado, y sus obras pagadas sin que, fuera de esa

manifestación, contraria a la realidad contractual, haya prueba de vicio alguno, en el consentimiento.

"El día 26 de agosto de 1986, el CONTRATISTA, por su Oficio HO-P-162-86, manifiesta al Rector de la Universidad:

"Quiero dejar constancia de que la suscripción de este contrato no significa renuncia a todos los derechos que me otorga la Constitución y la Ley Colombiana.

"Lo hago únicamente con la finalidad de que se tramiten las cuentas y Actas pendientes y correspondientes a los contratos Nros. 110-85, 052-86 y 054-86 que se encuentran totalmente legalizados y cuyo trámite está detenido en la Oficina de Reconstrucción hasta tanto sea legalizado por mí el contrato en referencia, tal como me lo ha expresado verbalmente el doctor Hugo Cosme V.". También, en este oficio, incurre el contradicción en Contratista, pues, como obra en el cuaderno de pruebas del actor, el Contratista, el mismo día 15 de agosto de 1986, cuando envió el Contrato 054 de 1986 (Oficio No. HO-P-159-86), con el Oficio NO-P-163-86, está "...remitiendo los siguientes documentos:

"a.- Contrato No. 055 de 1986 que adiciona el plazo al contrato No. 110 de 1985, debidamente publicado y legalizado".

"b.- Paz y salvo nacional No. WA-3154406 válido hasta octubre 30/86.

"c.- Certificados de prórroga de seguros Nros. 13506, 123973 y 123872 de Responsabilidad Civil prórroga de seguros Nros. 13506, 123973 y 123872 de Responsabilidad Civil, prestaciones Sociales y Cumplimiento, anticipo, Cláusula penal respectivamente".

"¿Cómo imaginarse, que con una presión como la que deja entrever el Contratista en sus oficios HO-P-160-86 y HO-P-162-86, va a realizar, 6 y 11 días, antes, las gestiones necesarias para obtener los documentos enunciados en los literales b) y c) que acaban de transcribirse?

"Algo similar aconteció con el Contrato Adicional no. 076 del 21 de agosto de 1986. También, por él, la UNIVERSIDAD le permitió al CONTRATISTA la prórroga de los plazos pactados en los contratos Nros. 110/85 , 052-86 y 055/86: "*CLAUSULA PRIMERA*. Plazo. El plazo para la ejecución de las obras fijado en el contrato inicial Número 110 de 1985 y Adicionales 052 y 055 de 1986 se prorrogará bajo la imposición de las multas previstas en la Cláusula Décima Quinta del Contrato Inicial, por el término de doce (12) días calendario, contados a partir del veintiuno (21) de Agosto de mil novecientos ochenta y seis

(1986) hasta el primero (1o) de septiembre de mil novecientos ochenta y seis (1986), inclusive".

"Este contrato, suscrito, también por el Contratista, no tuvo ya el rechazo a que se hizo mención, respecto del 055. Pero, se pregunta, además, la Universidad: Por qué, si no firmó el contrato 055 el contratista, ni lo ejecutó, permitió que en el 076 se hiciera mención a él?. Por qué, no rechazó, de igual manera, el 076, si también por él, el contratista convenía, voluntariamente, en la imposición de multas?. Porque, también, con el 076, el Contratista podía ejecutar obras que, de otra manera, le hubieran quedado al "nuevo Contratista", cuales fueron las que a partir del 1o. de septiembre de 1986, la Universidad contrató con otro ingeniero.

"De lo anterior, debe el Honorable Tribunal, distinguir en el Contrato No. 110 de 1985, dos partes, muy distintas, en cuanto a la imposición de multas, por incumplimiento. Para ello, lo mejor es transcribir, la cláusula contractual que contiene esa facultad impositiva:

"DECIMA QUINTA- MULTAS: Si EL CONTRATISTA faltare a alguna o algunas de las obligaciones que contrae por el presente contrato, la UNIVERSIDAD podrá sancionarlo con multas de cinco por diez mil (5/10.000) del valor del Contrato por cada día calendario de incumplimiento y hasta el dos por ciento (2%) del valor del contrato. Estas sanciones podrán imponerse en relación con cada una de las obligaciones incumplidas, todas las veces que ellas ocurran durante la vigencia del contrato; pero en caso de no terminar ni entregar las obras dentro del plazo pactado y se solicitare prórroga, sin causa justificada, la multa será de un por mil (1/1000) del valor del contrato por cada día de prórroga solicitada durante lapso no superior a sesenta (60) días calendario y hasta por un seis por ciento (6%) del valor total a la fecha de imposición de la misma. En caso de que la prórroga solicitada sin causa justa, exceda de los sesenta (60) días, la multa será hasta por un diez por ciento (10%) sobre el valor total del Contrato a la imposición de ésta. Por incumplimiento de entrega parcial de las obras en las fechas estipuladas el uno por mil (1/1000) del valor de la obra dejada de hacer, por cada día de retraso del plazo fijado para la entrega. Por incumplimiento en la presentación del programa PERT, de ejecución dentro del plazo establecido, el uno por mil (1/1000) del valor del contrato por cada día de retraso."

"La primera parte, hace responsable, aún contra su voluntad al CONTRATISTA, por incumplimiento "en relación con cada una de las obligaciones incumplidas, todas las veces que ellas ocurran durante la vigencia del contrato, y su monto, es del cinco por diez (5/10.000) (sic) por cada clase de incumplimiento. Esta, es, honorables Magistrados, la

cláusula exorbitante que debe hacerse efectiva, como bien lo advierte, el mismo contrato, durante su vigencia. Y a ella se hace acreedor el CONTRATISTA, por el simple hecho de incumplir cualquier clase de obligación contractual. No hay, aquí, oportunidad ninguna de que el CONTRATISTA consienta o niegue la oportunidad de que se le multe. Si incumplió el contrato, debe ser sancionado, conforme al límite fijado en la primera parte, de la cláusula DECIMA NOVENA. Pero, además, Honorables Magistrados, ese incumplimiento, que lo exige la misma entidad contratante, por su propia mano, lleva consigo, la imposición de otras dos (2) cláusulas exorbitantes: LA CADUCIDAD y la CLAUSULA PENAL, las que deben aplicarse, hallándose vigente el contrato. Si éste vence sin que se hayan impuesto, será el juez del contrato, será el Tribunal, el que las hará valer por la misma vía del procedimiento contractual del cual en el presente proceso se está ocupando.

"La segunda parte de la cláusula décima quinta, consagra una oportunidad de que el Contratista, se libre del incumplimiento como sanción exorbitante, y de la caducidad y de la cláusula penal. Si no termina ni entrega las obras dentro del plazo pactado, y no existe causa que justifique el incumplimiento, podrá prorrogarse el contrato, pero la "...multa será de uno por mil (1/1000) del valor del contrato por cada día de prórroga solicitada". Esta segunda fórmula, esta alternativa, por intervenir en ella la voluntad del contratista, deja ya de ser una cláusula exorbitante, y se torna en una simple cláusula constitutiva de una obligación condicional: continúa Ud., señor Contratista, con la ejecución del contrato que viene incumpliendo, siempre y cuando, me reconozca, a mi, entidad contratante, una determinada suma de dinero, como contraprestación a ese incumplimiento. De ahí que, en mi concepto, tal compromiso, tal reconocimiento contractual, no requiera, ni siquiera, de resolución para determinarla. Como es un pacto contractual, y su monto se conoce desde el momento en que se suscribe el contrato adicional, ella puede deducirse de cualquier acta de obra o en la liquidación final del contrato. Siendo así, la competencia para la exigibilidad de tal multa, emana del mismo contrato incumplido, por lo que queda sin base alguna la afirmación del actor, en el sentido de que la Universidad carece de competencia para imponerle. Si la imposición de las multas a que se refieren los actos acusados, emana de la facultad exorbitante pactada en la primera parte de la cláusula décima quinta del contrato No. 110 de 1985, tendrá razón el actor. Si esa imposición, es una consecuencia lógica del pacto aceptado, voluntariamente, por el Contratista, y al cual se refiere la segunda parte de la misma cláusula décima quinta, la razón le asistirá a la Universidad.

"Probado está que el Contratista no pudo entregar el día 21 de julio de 1986, el contrato No. 11 de 1985, debidamente, ejecutado y que a pesar

de ese incumplimiento, continuó en su ejecución. Por qué?. Porque la Universidad no cayó en la cuenta, oportunamente, de su incumplimiento?. No porque convino con el Contratista en dejarlo continuar con la ejecución del mismo, siempre y cuando, le reconociera el valor de la multa convenida para el caso de prórroga contractual sin causa justificada. De ahí, entonces, que el Tribunal debe convenir en que la razón le asiste a la Universidad y, por ende, deba denegar las pretensiones del actor". (fls. 105-110. C.1).

Lo concerniente a la falta motivación tiene este tratamiento:

"Radica ésta, según el actor, en el hecho de que, según el ACTA DE RECIBO FINAL DE OBRA, del 1o. de septiembre de 1986, ya comentada antes, "...el contratista entregó la obra dentro del plazo contractual". Eh, aquí otro argumento aparente, con el que se quiere disfrazar una falsedad. El plazo, inicialmente pactado, debió vencer el día 3 de julio de 1986. Pero como para esa fecha, el Contratista no podía entregar, completamente, ejecutada la obra, solicitó de la Universidad una prórroga que fundamentó en circunstancias no que equivalían ni a la fuerza mayor ni al caso fortuito, ni tampoco, llenaba las condiciones de la cláusula Novena literal d) del Contrato. Pero la UNIVERSIDAD, dando una interpretación amplia a la norma, y por no perjudicar al contratista, convino en que sí se daban las condiciones de la prórroga sin multas. Y, así, se suscribió el Contrato 052 del 3 de julio de 1986, que ampliaba el plazo contractual, hasta el 21 de julio de 1986. Ese día 21 de julio, se suscribe el contrato 055 de 1986, y el 21 de agosto de 1986, el contrato 076. Por qué?. Qué necesidad había de firmarlos si como afirma el actor, "el contratista entregó la obra dentro del plazo contractual"?. Dentro de qué plazo contractual, del inicial, del 052 o del 076? . Si trae a colación el actor, el Acta de Recibo Final de Obra, debe ser que está aludiendo al plazo del Contrato Adicional No. 076. Pero ya se ha visto, y para ello, basta leer el numeral 6 del Acta memorada, que aunque se dio por terminado el contrato, el contratista dejó obras adicionales y obras contractuales modificadas por cambios de diseños, sin concluir, de tal modo, que allí, en esa misma Acta se sentó que tales obras la terminaría "un nuevo contratista". No es cierta, pues, la afirmación con que el actor aduce la falsa motivación, y menos todavía, si se tiene en cuenta el "LISTADO DE DETALLES EDIFICIO DE LABORATORIOS", suscrito el día 24 de septiembre de 1986 por el Ingeniero Contratista y el Ingeniero Interventor de la obra, listado de detalles no ejecutados, hasta esa fecha, por el Contratista." (folios 110-111, C.1).

El Fiscal del Tribunal considera que deben negarse las pretensiones planteadas porque "...los cargos formulados carecen de respaldo probatorio.

7.- Las razones que condujeron al Tribunal a tomar la decisión apelada están consignadas en el fallo bajo este texto:

"El demandante en capítulo especial del libelo habla de "la incompetencia del Rector de la Universidad del Cauca para haber expedido los actos acusados" y por cuanto, sostiene, en síntesis, que "cuando el contrato ha terminado, pierde la Administración la facultad de declarar el incumplimiento del contratista y de imponer multas o de decretar la caducidad del contrato y debe, a los efectos pertinentes, someterse a la jurisdicción y elevar, si lo considera conveniente la solicitud de que el Juez declare el incumplimiento e imponga las sanciones correspondientes".-

"En primer término, procede sentar que el Decreto 80 de 22 de enero de 1.980 es el estatuto por el cual se organiza el sistema de educación Post- secundaria que comprende cuatro modalidades educativas: a) Formación Intermedia Profesional; b) Formación Tecnológica; c) Formación Universitaria; d) Formación Avanzada o de Post- Grado- art. 25.-

"Según su carácter académico, las instituciones de educación superior se clasifican en Intermedia Profesionales, Tecnológicas y Universitarias Art. 43.-

"Las instituciones de educación superior son establecimientos públicos del orden nacional, departamental o municipal, o Unidades Administrativas Especiales, o Unidades Docentes dependientes del Ministerio de Educación Nacional.-

"Los establecimientos públicos nacionales están adscritos al Ministerio de Educación Nacional, los departamentales a la respectiva gobernación y los municipales a la respectiva alcaldía- art. 50.-

"La dirección de las instituciones universitarias corresponde al Consejo Superior, al Rector y al Consejo Académico- art. 56.-

"El rector es el representante legal y la primera autoridad ejecutiva de la Institución art. 60.-

El artículo 61 del Decreto 80 de 1.980 describe y enumera las funciones del Rector entre las cuales está la de "suscribir los contratos y expedir los actos que sean necesarios para el cumplimiento de los objetivos de la Institución, ateniéndose las disposiciones legales vigentes- ordinal d.-

"Cabe anotar que en el inicial contrato No. 110 de 1.985, el demandante aceptó varias estipulaciones en favor de la Universidad del Cauca que constituyen un régimen de exorbitancia, desde luego que implican una

superioridad jurídica indudable, de las cuales también es verdad no hizo uso la parte demandada, teniendo en cuenta la situación económica del actor.-

"Pero quedó establecido incuestionablemente en la cláusula décima quinta del contrato 110, la facultad de la Universidad para imponer multas en la cuantía allí acordada" si el contratista faltare a alguna o algunas de las obligaciones que contrae por el presente contrato" y a esta cláusula se remitieron los contratos adicionales de prórroga de plazo números 055 de 21 de julio de 1.986 y 076 de 21 de agosto de 1.986 (fls. 29 , a 32).- En la cláusula primera de este último contrato se lee:

"El plazo para la ejecución de las obras fijado en el contrato inicial número 110 de 1.985 y adicionales números 052 y 055 de 1.986, se prorrogará bajo la imposición de las multas previstas en la cláusula décima quinta del contrato inicial, por el término de doce (12) días calendario, contados a partir del veintiuno (21) de agosto de mil novecientos ochenta y seis (1.986), hasta el primero de septiembre de mil novecientos ochenta y seis, inclusive. Parágrafo.- El acta de liquidación final del contrato se hará teniendo en cuenta el valor de las multas causadas hasta el 1o. de septiembre de 1.986 y deberán imponerse mediante resolución Rectoral antes del 31 de octubre de 1.986".-

"Las resoluciones atacadas números 2774 y 111 son de fechas 21 de octubre de 1.986 y 23 de enero de 1.987.

"La primera fue dictada en tiempo oportuno según el contrato 076 de 21 de agosto y la segunda, por la cual se desató el recurso de reposición interpuesto contra la primera, tres meses después.

"La competencia rectoral para el pronunciamiento de la Resolución 2774 es inobjetable de conformidad con el artículo 60 del Decreto 80 de 1.980 y los contratos de que se ha tratado, y en relación con la competencia para el pronunciamiento de la Resolución 111, la Sala entiende que no la perdió el Rector por la acción recurrente del demandante y los mandatos legales generales y especiales de desatar el recurso.- art. 53 Decreto 1679 de 1.981 "por el cual se aprueba el Acuerdo No. 3 expedido por el Consejo Superior sobre adopción del Estatuto General de la Universidad del Cauca.-

"No prospera en consecuencia el planteamiento examinado.-

"IV) *La falsa motivación.-*

"En algunos de los hechos el demandante ha tratado de presentar a la Universidad del Cauca como incumplidora de las obligaciones

provenientes del contrato 110 de 1.985 suscrito con el ingeniero Hormaza Rey.-

"Pero el examen de la prueba documental aportada y de las exposiciones juradas de los ingenieros Hugo Aldemar Cosme Vargas (fls. 3 a 9 C. de P) y Armando Escobar Rojas (fls. 10 a 13 C. de P.), así como del contexto de la demanda cuando se dice que "la imposibilidad de terminar las obras para el 19 de julio de 1.986 resultó de la situación de insolvencia en que lo había colocado la Universidad por la demora sistemática en los pagos", indica que quien realmente incumplió los contratos fue el demandante Hormaza Rey, no obstante que la Universidad se avino a facilitar una solución aceptable para el ingeniero contratista y no quiso hacer uso desde un primer momento de la cláusula exorbitante de la caducidad.- "Las resoluciones atacadas no contienen falsa motivación.- Por el contrario, tienen suficiente base fáctica que determinaron el ejercicio de la facultad rectoral.- No se "configura la modalidad invocada.-" (fls. 132-134, C.1)

8.- El apelante expresa su extrañeza por cuanto la sentencia no resuelve los extremos de la controversia que planteó en la demanda; él no ha discutido la competencia funcional que asiste al rector de la Universidad para suscribir los contratos y tomar a su cargo el manejo de la entidad; sus críticas apuntan a la competencia temporal del funcionario en cuanto al uso de las cláusulas exorbitantes pactadas en los contratos; sobre este particular repite y amplía sus argumentos iniciales e invoca algunas sentencias de la Sala; luego continúa diciendo:

"En segundo término, la demanda se fundamenta en el hecho comprobado del incumplimiento de la Universidad en los pagos debidos al Contratista, que en virtud de su monto y de su demora colocaron al Ingeniero HORMAZA en la razonable imposibilidad de realizar las obras dentro del plazo inicialmente previsto.

"El grave incumplimiento de la Universidad en los pagos debidos al Contratista se encuentra probado con las certificaciones que obran en el expediente y la comparación de los montos en mora con el valor del contrato, permite establecer que la magnitud del incumplimiento trastornó inicialmente la economía del contrato y las condiciones de su ejecución.

"Lo anterior pretende desvirtuarlo el Tribunal mediante una frase solitaria, que poco mas o menos es del siguiente tenor:

""El demandante trata de presentar a la Universidad del Cauca como incumplidora de las obligaciones provenientes del contrato, pero de otra parte indica como el verdadero incumplido fue el mismo demandante, cuando afirma en el libelo; "La imposibilidad de terminar las obras para

el 19 de julio de 1986 resultó de la situación de insolvencia en que lo había colocado la Universidad por la demora sistemática en los pagos".

"Honorablemente, no entiendo el razonamiento. El demandante acepta no haber cumplido los plazos inicialmente previstos para la terminación de las obras; eso es claro. Pone de presente, de otra parte, que la Universidad incumplió gravemente sus obligaciones de pago y explica que el incumplimiento de la Universidad fue la causa de que el Contratista no hubiera podido realizar las oportunas inversiones que requería el cumplimiento del programa inicialmente acordado. ¿Cómo puede interpretarse lo anterior como la demostración de que la Universidad no incumplió?. ¿Y cómo puede el Tribunal de este modo relevarse de su obligación de estudiar y valorar las pruebas, los documentos procesales, que demuestran las fechas en que debía haber realizado los pagos la Universidad y las fechas en que realmente los hizo?".. (fls. 146-147, C.1).

Estos argumentos se repiten, posteriormente, en el alegato de conclusión de esta instancia.

9.- La Fiscalía Séptima del Consejo de Estado, es partidaria de confirmar el fallo impugnado; para ello argumenta que:

"No hay duda de que tanto la Universidad del Cauca como el Ingeniero Guillermo Hernán Hormaza, estuvieron de acuerdo y así lo pactaron en el contrato inicial, que si el contratista llegaba a incumplir se le impondrían multas en la proporción allí estipulada, dichas multas, además de constituir uno de los poderes exorbitantes que la ley otorga a la administración, también fueron pactadas en los contratos inicial y adicionales, y en este aspecto, no cabe duda alguna acerca de la facultad que asistía a la Universidad del Cauca, para imponerlas en lo que existe discrepancia por parte del señor apoderado de la parte actora es en la oportunidad en que dichas sanciones fueron impuestas al contratista, pues en su sentir la Universidad, podía aplicar estas sanciones tan sólo durante el tiempo en el que el contrato estuviera vigente. Esta afirmación, no tiene aplicación en el *sub-judice* toda vez que el propio contratista expresó su voluntad de aceptar no sólo la imposición de multas por la prórroga del plazo acordado para entregar las obras, sino que estas multas que ya estaban fijadas se concretaran posteriormente en una fecha previamente establecida por los contratantes -antes del 31 de Octubre de 1.986- en una resolución que expidiría el Rector de la Universidad del Cauca.

"Resulta entonces extraña y contradictoria la conducta del contratista, cuando por una parte expresa su voluntad contractual de aceptar que se le impusieran multas para que se le ampliara el plazo que a su vez le

permitiría cumplir con el objeto del contrato, e igualmente aceptar que la resolución rectoral que las concretárase expidiera antes del treinta y uno (31) de Octubre de mil novecientos ochenta y seis (1.986); y cuando ya se cumplieron los términos del contrato en la forma convenida por él mismo, aduce una incompetencia del funcionario que expidió las resoluciones; por cuanto los actos - según dice- fueron proferidas después de terminado el contrato, nos parece que tal observación debió hacerla antes de suscribir los contratos adicionales y que si bien lo estaban sancionando por el incumplimiento de las obligaciones pactadas, también lo es que lo estaban beneficiando en la medida en que una vez mas se prorrogaba el plazo, inicialmente pactado, y ya holgadamente vencido.

"En conclusión, podemos decir que la competencia no para imponer las sanciones que lo fueron durante la vigencia del contrato, sino para proferir las resoluciones que contenían y concretaban las multas que debía pagar el contratista; emanó de la voluntad de los contratantes y como tal en términos del artículo 1602 del C.C. como que el contrato es ley para las partes, de imperativo cumplimiento, sin que a cualquiera de ellas le sea permitido como en este caso alegar, lo que pudiera constituir su propio yerro para invalidar la actuación de la otra parte.

"Pero si en gracia de discusión aceptáramos que los actos administrativos impugnados merecen ser declarados nulos, la obligación del contratista de pagar las multas señaladas en ellos seguiría vigente, toda vez que los contratos adicionales que las fijaron siempre estuvieron vigentes.

"En cuanto tiene que ver con la falsa motivación de las actas acusadas cabe anotar que en el oficio No. 117 del 31 de Julio de 1.986, la Universidad del Cauca, expuso el actor los fundamentos que le sirvieron de base para concederle una prórroga de 19 días calendario al contrato No. 110 de 1985, entre los cuales se encuentra el análisis que llevó a cabo la oficina administradora del proyecto en relación con las cuentas de cobro correspondientes a las actas mensuales de obra y sus respectivos reajustes de donde pudo establecer que entre el 17 de Febrero y el 20 de abril, el actor presentó para el correspondiente pago, 2 actas parciales y 2 actas completas de obra mensual las que fueren canceladas, una parcialmente el 12 de Marzo y las otras 3 después del 8 de Mayo, sin embargo, la Universidad dio una interpretación que afectara lo menos posible la estabilidad económica del contratista, y aceptó que el 20 de Abril se había configurado la causal establecida en la cláusula décima novena del contrato inicial.

"La estabilidad económica del contratista, ya estaba bastante afectada, según se desprende de los oficios dirigidos por el Ingeniero Guillermo Hernán Hormaza Rey mediante los cuales, notificó a la Universidad del Cauca la pignoración y cesión del valor del contrato, y de algunas actas

de liquidación, en favor del Banco del Estado. La entidad contratante entonces, conviene en la prórroga aludida pese a que en dos de las actas tenidas en cuenta se habían hecho pagos parciales que alcanzaron un 80% de su valor y a que el atraso en dichos pagos no debió afectar el ritmo de la obra desde el punto de vista financiero.

"Cabe anotar, que en los informes de costos presentados por los Ingenieros Otoniel González y Manuel Agredo aparecen reiteradas observaciones en relación con el atraso que presentaba la obra así:

"Mes de Abril de 1.986:

"1.- La obra ejecutada hasta la fecha presenta atraso de una semana".

...

"3.- Comentarios:

"Hasta el mes de Abril se observa que la obra ejecutada según corte es menor a la obra ejecutada según flujo de desembolso inicial por el atraso de una semana que presenta la obra.

"Mes de mayo de 1.986

"...

"3. Comentarios:

"3.1. La obra ejecutada hasta la fecha presenta atraso de 3 semanas debido a problemas económicos por parte del contratista.

"3.2. La obra ejecutada según corte (58.064) es menor al flujo de fondos (sic) presentado por el contratista (74.277) por el atraso que presenta la obra. Diferencia (16.213).

"Mes de Junio de 1.986

...

"3. Comentarios:

"3.1. La obra ejecutada hasta la fecha presenta atraso de 4 semanas de entrega, estaba programada para el 2 de julio pero debido al atraso probablemente la terminación es para fines de Julio.

"Mes de Julio de 1.986.

...

"3. Comentarios:

"3.1. La obra se debió haber entregado contractualmente el 19 de julio de 1.986, su probable terminación es la última semana de Agosto o primera semana de Septiembre.

"Estos informes dan cuenta del cumplimiento debido a retrasos por parte del contratista, desde el comienzo mismo de la ejecución de la obra, que si bien pudieron ser ocasionados por el atraso en los pagos que debía hacer la Universidad, no lo fueron en proporción suficiente como para que las obras se retrasaran desde casi su iniciación. (fls. 169-173, C.1).

LA SALA CONSIDERA

A) El impugnante tiene razón en cuanto reclama que el fallo de primera instancia se apoyó en cuestiones distintas a las planteadas por él en la demanda; carece de ella en lo que concierne a la defensa de sus pretensiones.

En efecto, desde la formulación inicial de sus reproches en contra de las Resoluciones Nros. 2774 de octubre 27 de 1.986 y 111 de 23 de enero de 1.987, expedidas por el rector de la Universidad del Cauca, el actor expresó su censura a través de dos causales: la falta de competencia y la falsa motivación.

La primera, en el entendido de la demanda, consistió en haber utilizado los poderes exorbitantes que emanan del contrato en favor de la entidad pública, una vez que éste había finalizado; en otros términos, la razón alegada por el actor para la falta de competencia se apoyó en el factor temporal de la misma. Dotada la universidad, por el contrato y por la ley, de la potestad para imponer multas al contratista incumplido, cuando el incumplimiento no fuese suficiente para la declaratoria de caducidad, dicho poder sólo podía ser válidamente ejercido mientras el plazo contractual estuviese en vigor; vencido ese término, finalizan con él las atribuciones de exorbitancia, quedando al conocimiento de las autoridades jurisdiccionales la solución de las controversias surgidas entre la administración y el contratista. Esta tesis, que la jurisprudencia de la Sala ha desprendido de la voluntad de la ley, se explica por la interpretación teleológica de la institución de los poderes exorbitantes que favorecen al Estado en algunos de los contratos que celebra con los particulares; dado el denso contenido de interés público que asiste a dichos contratos, es menester que el Estado pueda, mediante el uso de la autoridad de que está investido, exigir coactivamente su cumplimiento; esa potestad sin embargo, amén de otras limitaciones se debe ejercer dentro del término de vigencia del contrato que constituye también límite temporal de competencia; hacerlo luego de la

expiración de dicho plazo, pierde la finalidad propia de la institución e invade atribuciones exclusivas de la rama jurisdiccional.

A esta doctrina, antigua en la jurisprudencia de la Corporación, se refirió el demandante cuanto atacó de incompetencia las reseñadas resoluciones del rector de la Universidad del Cauca; el cuestionamiento quedó sin respuesta; el *a-quo* se limitó a señalar la competencia funcional del rector, en materia contractual, de acuerdo con los preceptos del Decreto Extraordinario No. 80 de 1.980 y, sin motivación alguna, dedujo que el primero de los actos acusados fue dictado "en tiempo oportuno" y que el segundo se limitó a resolver el recurso de reposición que se interpuso en contra del primero.

B.- Es necesario, en consecuencia, verificar los hechos de acuerdo con las pruebas que presenta el proceso, para responder adecuadamente a las causas de la reclamación; las dos causales de nulidad alegadas por el demandante se resolverán bajo idénticos presupuesto, circunstancia que explica su tratamiento conjunto.

C.- De la realidad procesal se extracta lo siguiente:

1.- El 12 de noviembre de 1.985, la Universidad del Cauca y Guillermo Hernán Hormaza celebraron el contrato de obra pública que se codificó con el No. 110 de 1.985; de él tienen importancia, para los efectos del fallo, las siguientes cláusulas:

> "PRIMERA - OBJETO. El objeto del presente contrato, es la construcción a precios unitarios de Edificio Aulas E.L., localizado en Popayán con una área aproximada de 3044 M2 correspondiente a la Licitación Pública Internacional No. (ilegible) adjudicada mediante Resolución 3227 de 1985 emanada de la Rectoría de la Universidad." (fl. 13).
>
> ("...")
>
> "SEPTIMA- VALOR DEL CONTRATO: El valor del presente Contrato se ha pactado en la suma de CIENTO SIETE MILLONES, VEINTICINCO MIL TRESCIENTOS TRES PESOS CON 20 CENTAVOS ($107.025.303.20) M/Cte, siendo entendido que el valor definitivo será el que resulte de multiplicar la cantidad de obra inicialmente contratada y recibida a entera satisfacción por los precios unitarios fijados en la propuesta adjudicada, mas las obras adicionales, obras complementarias, mayores cantidades de obra y reajustes reconocidos durante la ejecución de la obra. OCTAVA - FORMA DE PAGO: LA UNIVERSIDAD pagará al CONTRATISTA el valor de la obra contratada así: a) Un contado como anticipo amortizable igual al veinticinco por ciento (25%) del valor del contrato, o sea la suma de

VEINTISEIS MILLONES SETECIENTOS CINCUENTA Y SEIS MIL TRESCIENTOS VEINTICINCO PESOS CON OCHENTA CENTAVOS ($26.756.325.80) y b) el saldo en contados parciales por obra ejecutada mensualmente y recibida a satisfacción por el INTERVENTOR, previa presentación de las cuentas de cobro. A toda cuenta de cobro por concepto de Actas parciales, mayor cantidad de obra, obra complementaria, obras adicionales y reajustes que se presenten se les deducirá: a) un veinticinco por ciento (25%) de su valor para amortizar el anticipo y b) un cinco por ciento (5%) para el fondo de reserva del contrato. Amortizado el anticipo de las cuentas de cobro que presente EL CONTRATISTA, sólo se descontará el cinco por ciento (5%) de su valor para el Fondo de Reserva del Contrato. PARAGRAFO PRIMERO: EL CONTRATISTA deberá presentar la cuenta de cobro por concepto del anticipo dentro de los quince días (15) hábiles a partir del perfeccionamiento del contrato. Si así no lo hiciere, el plazo pactado empezará a regir a partir de la fecha de perfeccionamiento del mismo y automáticamente el CONTRATISTA pierde el derecho al anticipo y el valor del contrato se cancelará en contados parciales por obra ejecutada en cuantía no inferior al diez por ciento (10%) del valor del contrato. PARAGRAFO SEGUNDO-MANEJO DEL ANTICIPO: El valor del anticipo será entregado al CONTRATISTA quien deberá depositarlo en una cuenta corriente de un Banco de la ciudad para cuyo movimiento era necesario la firma conjunta del CONTRATISTA y el INTERVENTOR.

De este hecho deberá informarse por escrito a la Compañía de Seguros o Entidad Bancaria que hubiere expedido la garantía correspondiente. NOVENA -CONDICIONES PARA EL PAGO DE CUENTAS: Para que LA UNIVERSIDAD, acepte trámite o pague cualquier cuenta de cobro, a excepción de la cuenta de anticipo, se requiere que previamente cada una de las cuentas reúna las siguientes condiciones a) Que el acta de recibo de la obra correspondiente esté debidamente firmada por el INTERVENTOR, por el COORDINADOR de la oficina de reconstrucción, por el Asistente Técnico y de la Auditoría. b) Que el valor de cada una de las cuentas de cobro sea por obra ejecutada y recibida a satisfacción mensualmente. c) Que las garantías que mas adelante se exigen al CONTRATISTA, estén vigentes. d) La UNIVERSIDAD reconocerá un interés mensual del tres por ciento (3%) sobre el valor de las Actas atrasadas mas de sesenta días (60) con posterioridad al agotamiento completo del Anticipo entregado por la UNIVERSIDAD al CONTRATISTA. *Por consiguiente, no podrá considerarse como justificación de prórroga del contrato el hecho de que la UNIVERSIDAD atrase sus pagos, siempre y cuando no se exceda de tres (3) Actas mensuales consecutivas...*" (fl. 15,16)

(" ... ")

"DECIMA PRIMERA-PLAZO: EL CONTRATISTA se obliga para con LA UNIVERSIDAD a entregar totalmente terminada la obra contratada, a su entera satisfacción *dentro de los ciento noventa y seis días calendario siguientes a la fecha del Acta de Iniciación de la obra. PARAGRAFO PRIMERO: EL CONTRATISTA se obliga para con la UNIVERSIDAD a iniciar la obra contratada en un plazo máximo de diez (10) días calendario, contados a partir de la fecha de entrega del anticipo* y adelantarla de acuerdo con el programa de trabajo. PARAGRAFO SEGUNDO: EL CONTRATISTA, igualmente se compromete para con la UNIVERSIDAD a tener debidamente terminada la obra, aprobada por el INTERVENTOR incluyendo en la terminación de ésta la limpieza de escombros, retiro de materiales sobrantes, formaletas o materiales similares que le pertenezcan o que hayan usado bajo su dirección dentro del término establecido en la presente cláusula. PARAGRAFO TERCERO: Para efectos de la entrega de la obra contratada, EL CONTRATISTA deberá dar aviso a la UNIVERSIDAD con veinte (20) días de antelación sobre la fecha de entrega final de la obra, para que el INTERVENTOR revise el estado de la misma y ordene el arreglo o reconstrucción de toda obra o montaje que encuentre defectuoso. El recibo de la obra lo harán: EL RECTOR o su Delegado, EL COORDINADOR de la Unidad Ejecutora, EL INTERVENTOR, EL ASISTENTE TECNICO y un Delegado de la Auditoría de la UNIVERSIDAD. PARAGRAFO CUARTO; Los recibos parciales que AL CONTRATISTA se le hagan por razón de obra ejecutada o suministros realizados, no implican aceptación final por parte de LA UNIVERSIDAD sino, aceptación en principio para el efecto de pago de cuentas en virtud de que la obligación del CONTRATISTA, es la de entregar la obra terminada en su totalidad, de conformidad con las especificaciones acordadas, los diseños y planos aprobados dentro de las condiciones estipuladas al efecto para su ejecución. DECIMA SEGUNDA - PRORROGA DEL PLAZO: *Solamente por causas de fuerza mayor o caso fortuito debidamente comprobados, LA UNIVERSIDAD concederá ampliación sin multa al plazo inicialmente pactado o en el caso considerado en la cláusula Novena, literal d) En caso contrario LA UNIVERSIDAD podrá prorrogarlo previa imposición de una multa o declarar la caducidad administrativa del contrato, si a su juicio se hace inconveniente la continuación del mismo. Para efectos de conceder la prórroga, el CONTRATISTA deberá presentar antes de los quince (15) días calendario al vencimiento del respectivo plazo, la petición de prórroga debidamente justificada, anexando los documentos que la acrediten.* Si se concede la prórroga esta se hará constar en Contrato Adicional. PARAGRAFO: Se entiende por fuerza mayor o caso fortuito, el imprevisto al cual no es posible resistir según lo define el Artículo 1o. de la Ley 95 de 1890. EL CONTRATISTA no será

responsable por excesos de costos derivados de causas de fuerza mayor o caso fortuito.." (fl. 18).

"DECIMA QUINTA - MULTAS : Si el CONTRATISTA, faltare a alguna o algunas de las obligaciones que contrae por el presente contrato, la UNIVERSIDAD podrá sancionarlo con multas de cinco por diez mil (5/10.000) del valor del contrato por cada día calendario de incumplimiento y hasta el dos por ciento (2%) del valor del contrato. Estas sanciones podrán imponerse en relación con cada una de las obligaciones incumplidas, todas las veces que ellas ocurran durante la vigencia del Contrato; *pero en caso de no terminar ni entregar las obras dentro del plazo pactado y se solicitare prórroga, sin causa justificada, la multa será de un por mil (1/1000) del valor del contrato por cada día de prórroga solicitada durante lapso no superior a sesenta días (60) calendario y hasta por un seis por ciento (6%) del valor total a la fecha de imposición de la misma. En caso de que la prórroga solicitada sin causa justa, exceda de los sesenta (60) días, la multa será hasta por el diez por ciento (10%) sobre el valor total del contrato a la imposición de ésta.* Por incumplimiento de entrega parcial de las obras en las fechas estipuladas en uno por mil (1/1000) del valor de la obra dejada de hacer, por cada día de retraso del plazo fijado para la entrega. Por incumplimiento en la presentación del programa PERT de ejecución dentro del plazo establecido, el uno por mil (1/1000) del valor del contrato por cada día de retraso.." (fll. 19).

"(....)

"VIGESIMA OCTAVA - LIQUIDACION DEL CONTRATO : La liquidación del contrato se hará entre EL RECTOR DE LA UNIVERSIDAD o su Delegado y EL CONTRATISTA y en el evento en que este se negare, por EL INTERVENTOR o quien haga sus veces a mas tardar dentro de los noventa (90) días siguientes a la fecha de la firma del acta de recibo final de la obra, determinándose en ella las obligaciones pendientes a cargo de las partes. En caso de no existir acuerdo en la liquidación, se procederá de conformidad con lo establecido en el Artículo 289 del Decreto 222 de 1983. Esta Acta deberá ser sometida al control posterior de la auditoría regional ante la UNIVERSIDAD DEL CAUCA"...(fls.22). (subrayas de la Sala)

2.- El 3 de julio de 1986 se suscribió, entre las mismas partes, el contrato adicional No. 052, por cuya virtud se amplió el plazo para la ejecución de las obras; así, se pactó:

"El plazo para la ejecución de las obras fijado en el contrato inicial número 110 del 12 de noviembre de 1985, *se prorrogará por diecinueve (19) días calendario*, contados a partir del tres (3) de julio de mil novecientos ochenta y seis (1986), *hasta el veintiuno (21) de julio de mil*

novecientos ochenta y seis (1986) inclusive; *esta ampliación de plazo se concede, teniendo en cuenta disposiciones contenidas en la Cláusula Novena, literal d), del contrato inicial, en el cual se consagra como justificación de prórroga, el hecho de que la UNIVERSIDAD atrase sus pagos en mas de tres (3) actas mensuales consecutivas, lo cual se demuestra en el Anexo No. 1 de esta Adición...*" (fl. 24)

3.- El 21 de julio de 1986, sobreviene una adición modificación el valor del contrato inicial y dejando vigente el plazo pactado en el primer contrato adicional; aparece identificado bajo el No. 054 y expresa:

CLAUSULA PRIMERA-Valor. El valor del contrato inicial, se incrementará en un veinticinco por ciento (25%), equivalente a la suma de VEINTISEIS MILLONES SETECIENTOS CINCUENTA Y SEIS MIL TRESCIENTOS VEINTICINCO PESOS CON 80/100 ($26'756.325.80) moneda corriente, por aumento en las cantidades de obra, existencia de obras adicionales y complementarias y reajustes. Este valor se imputará con cargo al presupuesto vigente. *CLAUSULA SEGUNDA.- Plazo.* El Plazo pactado para la ejecución de estas obras, será el vigente, hasta el veintiuno (21) de julio de mil novecientos ochenta y seis (1986), según consta en contrato adicional número 052 de 1986"... (fl. 27).

4.- El mismo día, mediante el contrato adicional No. 055 de 1.986, se modifica el plazo:

"*El plazo para las obras fijado en el contrato inicial número 110 de 1985 y adicionales números 052 y 054 de 1986, se prorrogará bajo la imposición de las multas previstas en la cláusula Décima Quinta del contrato inicial, por treinta (30) días calendario*, contados a partir del veintidós (22) de julio de mil novecientos ochenta y seis (1986), hasta el veinte (20) de agosto de mil novecientos ochenta y seis (1986), inclusive..." (fl. 29).

5.- El 21 de agosto de 1.986 se pacta la última adición relativa también al plazo para la ejecución de la obra; está contenida en el contrato adicional No. 076 de 1.986 y expresa:

"El plazo para la ejecución de las obras fijado en el contrato inicial número 110 de 1985 y adicionales número 052 y 055 de 1986, se prorrogará bajo la imposición de las multas previstas en la cláusula décimaquinta del contrato inicial, por el término de doce (12) días calendario, contados a partir del veintiuno (21) de agosto de mil novecientos ochenta y seis (1986, hasta el primero (1º) de septiembre de mil novecientos ochenta y seis (1986), inclusive, PARAGRAFO: El acta de liquidación final del contrato se hará teniendo en cuenta el

valor de las multas causadas hasta el 1º de septiembre de 1986 y que deberá imponerse mediante Resolución Rectoral antes del 31 de octubre de 1986..." (fl. 31). (las subrayas no pertenecen al texto de los contratos).

La sola relación cronológica de los diversos contratos adicionales que pactaron demandante y demandada, sobre todo los codificados bajo los Nros. 055 y 076 de 1.986, demuestran con evidencia que las prórrogas del plazo para la entrega de la obra se acordaron, previa la aceptación por el contratista, de su incumplimiento y, por lo tanto, de la imposición de las multas que se habían convenido en la cláusula décima quinta del contrato original.

A tono con dicha cláusula, a la finalización del plazo sin que el contratista hiciese entrega de la obra, se podían suscitar dos hipótesis distintas:

a.- Que el contratista solicitara la prórroga con causa justificada consistente en la demora en los pagos de 3 actas mensuales consecutivas (letra d. cláusula novena), en la ocurrencia de fuerza mayor o de caso fortuito (Cláusula décima segunda); en este evento se suscribiría un contrato adicional, pura y simplemente, sin responsabilidad alguna a cargo del contratista.

A este procedimiento se recurrió para la suscripción del contrato adicional No. 052 del 3 de julio de 1986.

b.- Que la solicitud de prórroga no estuviese apoyada en "causa justificada", según se detalló en el literal anterior, circunstancia que originaba dos posibles soluciones.

1.- Acceder a la prórroga pedida con la imposición de multas cuya liquidación se haría de acuerdo con las fórmulas pactadas en la cláusula décima quinta.

2.- O, declarar la caducidad administrativa del contrato (cláusula décima segunda).

Según la expresión de los referidos contratos adicionales, se optó por la primera de estas soluciones; es decir, el contratista aceptó que se le impusieran las multas con el objeto de obtener la prórroga, que el valor de las mismas se incluyera en el acta de liquidación del contrato y que se produjese una resolución rectoral determinando su cuantía, antes del 31 de octubre de 1.986.

Esos fueron los términos contractuales que el actor firmó, circunstancia que pone de manifiesto su consentimiento con los mismos, sin que nada demuestre la existencia de error, fuerza o dolo que lo viciara.

A folios 57 del cuaderno de pruebas figura el oficio HO-P.126-86 del 17 de junio de 1986 en el cual el contratista solicitó la primera prórroga del plazo por 45 días; no deja de ser curioso que únicamente el 23 de julio siguiente, mediante el oficio HO-P-148-86 (fl.68), reclame las razones por las cuales se restringió la ampliación a 19 días; merece destacarse este detalle, porque para esa fecha (23 de julio), el contratista habrá suscrito ya dos contratos adicionales relativos al plazo; el 3 de julio el primero (el No. 052) que prorrogó el plazo en 19 días calendario y el 21 de julio el segundo (No. 055) que lo amplió en 30 más; la suscripción de éstos contratos, como es lo normal, debió estar precedida de una negociación preliminar en torno de la solicitud del contratista y de los ofrecimientos de la administración, dado que se trata de un acto bilateral, razón por la cual no resulta explicable el reclamo posterior de los motivos que formula el contratista.

Lo cierto es que, sobre este primer episodio, el contratista parece haber quedado satisfecho con la explicación que le entregó la Universidad el 31 de julio siguiente, por medio del oficio No. 177 (fl. 71).

Posteriormente, y luego de que el 21 de julio de 1.986 había firmado, sin objeciones, el contrato adicional No. 055, el 26 de agosto cuestiona su legalidad en cuanto a la imposición de las multas y manifiesta estar "...en la obligación de abstenerme de firmar el contrato No. 055 de 1986..." (fl.83). Las pretensiones del actor se oponen al principio de la buena fe reflejado en el brocardo "venire contra factum propium non valet"; en efecto, su aceptación de la imposición de las multas (circunstancia que lo perjudicaba), para obtener la prórroga del plazo para entregar la obra (circunstancia que lo favorecía), no puede "a posteriori" invertirse maliciosamente para aprovechar lo favorable y cuestionar lo desfavorable de su propia actuación; máxime cuando la primera constituía una condición para la operación de la segunda, pues, de no haber ocurrido, la única solución prevista en el contrato era la declaración de caducidad del mismo.

El profesor Jesús González Pérez precisa el tema en los siguientes términos:

"a) La doctrina de los actos propios y el principio general de la buena fe.

"Que la norma conforme a la cual "a nadie es lícito venir contra sus propios actos" tiene su fundamento y raíz en el principio general de Derecho que ordena proceder de buena fe en la vida jurídica, parece incuestionable, como hace años puso de manifiesto Diez-Picazo y ha venido corroborando la doctrina posterior. La buena fe implica un deber de comportamiento, que consiste en la necesidad de observar en el futuro la conducta que los actos anteriores hacían preveer. Como dice una sentencia de 22 de abril de 1967, "la buena fe que debe presidir

el tráfico jurídico en general y la seriedad del procedimiento administrativo, imponen que la doctrina de los actos propios obliga al demandante a aceptar las consecuencias vinculantes que se desprenden de sus propios actos voluntarios y perfectos jurídicamente hablando, ya que aquella declaración de voluntad contiene un designio de alcance jurídico indudable, manifestando explícitamente, tal como se desprende del texto literal de la declaración, por lo que no es dable al actor desconocer, ahora, el efecto jurídico que se desprende de aquel acto; y que, conforme a la doctrina sentada en sentencias de esa Jurisdicción, como las del Tribunal Supremo de 5 de julio, 14 de noviembre y 27 de diciembre de 1963 y 19 de diciembre de 1964, no puede prosperar el recurso, cuando el recurrente se produce contra sus propios actos". Y la de 27 de febrero de 1981 (Ponente: MARTIN DEL BURGO) dice que "constituye un principio de Derecho civil, y de la Teoría General del Derecho, la inadmisión de la contradicción con una propia conducta previa, como una exigencia de fines que impone el mantenimiento de la palabra dada, la constancia en la conducta, la lealtad a lo pactado o prometido, la observancia de la buena fe, una de cuyas exigencias es la de impedir venire contra factum propium: principios de la dogmática jurídica que han sido plenamente refrendados por la jurisprudencia - sentencias de 23 de diciembre de 1959, 13 de junio de 1960, 16 de octubre de 1965, 11 de marzo de 1978, sobre la buena fe, y sentencia de 17 de diciembre de 1954, sobre los actos propios.

"También el Tribunal Constitucional ha vinculado la teoría de que nadie puede ir contra sus propios actos al principio de la buena fe, en su sentencia de 20 de julio de 1981, en la que declara: "Es ésta una doctrina que, al menos respecto a los países cuyo sistema jurídico nos es mas afín, adquiere su desarrollo mas relevante en el ámbito del Derecho Privado -la jurisprudencia se refiere a quienes han suscitado esa confianza con su conducta "contractual" y a la relación entre personas "dentro de un convenio jurídico".- La exigencia de atenerse a las consecuencias de los propios actos es tanto mas insoslayable cuanto el contenido de tales actos esté en la disponibilidad de quien así se manifiesta. Quizás no sea susceptible de predicarse con igual fuerza en el orden político constitucional. En aras de una coherencia que sería deseable informara siempre actos de esta trascendencia, no debemos abstenernos de entrar en el fondo, haciendo prevalecer la hipotética defensa de la buena fe a la defensa de la Constitución, que es la tarea que nos incumbe".

"La regla tiene aplicación en todos y cada uno de los momentos en que despliega su eficacia el principio general de la buena fe. Tanto en el momento del nacimiento de las relaciones jurídicas, como en el de su desenvolvimiento y en el de su extinción. A la misma nos hemos referido al ocuparnos de cada uno de estos momentos. Pero, dada su peculiaridad, parece necesario hacer una referencia específica.

"b) La doctrina de los actos propios y el Derecho Administrativo.

"Que la doctrina de los actos propios tiene aplicación en el ámbito de las relaciones jurídico-administrativas parece incuestionable. También aquí constituye un supuesto de lesión a la confianza legítima de las partes venire contra factum propium, como ha reconocido las sentencias de 6 de febrero y 12 de diciembre de 1878 y 27 de febrero de 1981. Tanto respecto del administrado (v. gr., sentencias de 11 de mayo de 1976 y 29 de enero de 1977), como respecto de la Administración pública, (v. gr., sentencia de 8 de marzo de 1976). Una sentencia de 11 de diciembre de 1969 (Ponente: Trujillo Peña) se refiere a la "doctrina consagrada en nuestro ordenamiento jurídico y que se condensa en el apotegma venire contra factum propium non valet, doctrina que ha encontrado acogida en la jurisprudencia contencioso-administrativa, de la que es exponente la sentencia pronunciada por la Sala Cuarta de nuestro Tribunal Supremo con fecha 26 de febrero de 1965, en la que se expresa que "es doctrina establecida en muchas sentencias de este Tribunal, entre otras las de 14 de noviembre y 14 y 6 de diciembre de 1963, que nadie puede in contra los actos propios". Se impone, sin embargo, una precisión importante, a la hora de delimitar su ámbito de aplicación, como puso de releve GARCIA DE ENTERRIA, dada la inespecífica y grosera imprecisión con que se ha utilizado".

"En efecto:

"a) La doctrina de los actos propios, como después se pone de manifiesto, no alude a los problemas de la voluntad negocial; se predica característicamente, mas bien de conductas que de actos jurídicos. No es suficiente la realización de cualesquiera actos, sino que éstos deben hallarse revestidos de un cierto carácter trascendental, de tal modo que sean de alguna manera relevadores del designio del agente definir la situación jurídica de su autor. De aquí que no puede invocarse para justificar la irrevocabilidad en ciertos supuestos de los actos administrativos, en cuanto éstos sean considerados aisladamente y no como signo externo de una conducta.

"b) La doctrina de los propios presupone así mismo la eficacia jurídica de la conducta vinculante, una conducta formada por actos que sean jurídicamente eficaces y válidos y, por tanto, inimpugnables por la persona afectada por ellos..". (El principio General de la buena fe en el Derecho Administrativo, edt. Civitas S.A., pág. 117-120)

Conviene precisar, además, que si bien el principio de la buena fe encuentra consagración expresa únicamente a partir de la Constitución Política de 1991, de antes formaba parte del ordenamiento jurídico nacional, no solamente por ser constitutivo de un principio general del Derecho aplicable

conforme al artículo 8º. de la ley 153 de 1.887, sino también porque varias de las normas del Código Civil, entre las cuales y para efectos contractuales se destaca la contenida en el artículo 1603, y del Código de Comercio hacen referencia expresa del mismo.

Volviendo al caso bajo examen, la Sala observa que las multas, cuya imposición, como se ha visto, fue aceptada por el contratista, cumplieron con el objetivo que les señala la ley, pues permitieron el cumplimiento final del contrato; de otro lado, el procedimiento adoptado por las partes hacía innecesario el pronunciamiento unilateral de la administración que se acusa en este proceso, pues habría bastado que, para el momento de la liquidación se tuviese en cuenta su monto como una *obligación exigible* (por expresa aceptación) a cargo del contratista.

Estas reflexiones conducen a concluir que no existen los vicios de falta de competencia y de falsa motivación alegados por el actor; lo primero, porque la verdadera imposición de las multas no ocurrió con la expedición del acto unilateral cuestionado, sino que operó, bilateralmente, por medio de los contratos adicionales; segundo, porque la aceptación incondicional del contratista, desvirtúa sus reclamaciones posteriores, luego de haberse beneficiado de la prórroga.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección Tercera administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

Confírmase la sentencia apelada.

Devuélvase al tribunal de origen.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de fecha.

Daniel Suárez Hernández, Presidente de la Sala; *Carlos Betancur Jaramillo, Juan de Dios Montes Hernández, Julio César Uribe Acosta.*

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

FALLA DEL SERVICIO DE ADUANAS

El Fondo Rotatorio de Aduanas estaba obligado a mantener en sus bodegas los repuestos automotores puestos a su cuidado y en ningún caso le era lícito disponer de ellos antes de que se definiera judicialmente la legalidad de su ingreso al país. En firme la declaración de que no eran de contrabando, la demandada no tenía camino distinto que atender la orden judicial y devolverlos a su dueño; la desobediencia en que incurrió, sin lugar a duda, comprometió la responsabilidad patrimonial de la demandada. La falla o falta del servicio deducida a la administración generó el daño, en relación directa y necesaria de causalidad.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera

Santafé de Bogotá, D.C., Septiembre Diecisiete (17) de mil novecientos noventa y dos (1.992).

Consejero Ponente : *Doctor Juan de Dios Montes Hernández*

Referencia: Expediente Nº. 6546. Actor : Francisco Henry Schmiett R.

Resuelve la Sala la consulta de la sentencia que pronunció el Tribunal Administrativo del Magdalena el 11 de octubre de 1990, por medio de la cual adoptó las siguientes decisiones:

"1o. Declárase administrativamente responsable al FONDO ROTATORIO DE ADUANAS de los perjuicios ocasionados al señor

FRANCISCO HENRY SCHMIETTR RESTREPO por la no devolución de una mercancía consistente en repuestos usados para vehículos automotores, por haber procedido contra decisión judicial, a su venta directa.

"2o. En consecuencia, se condena al FONDO ROTATORIO DE ADUANAS a reconocer y a pagar la suma concreta que resulte de las operaciones indicadas en la parte motiva de esta sentencia y conforme a la actualización que se haga en sentencia complementaria, tal como lo prevee el inciso primero del artículo 308 del C. de P. C.-

"3o. La indemnización en concreto que así se determine, devengará intereses comerciales dentro de los seis (6) meses siguientes a la ejecutoria de esta sentencia y moratorios de ahí en adelante.

"4o. EL FONDO ROTATORIO DE ADUANAS dará cumplimiento a esta sentencia adoptando, dentro de los treinta (30) días siguientes a aquel en que se le comunique, las medidas que sean pertinentes a su ejecución." (fls. 178 a 179 C.I).

ANTECEDENTES PROCESALES:

1 . *La demanda.* El 5 de abril de 1988, mediante apoderado judicial legalmente constituido y en ejercicio de la acción de reparación directa que consagra el artículo 86 del C.C.A., Francisco Henry Schmiett Restrepo presentó demanda en contra del Fondo Rotatorio de Aduanas, en el cual solicitó declarar su responsabilidad por todos los daños y perjuicios que le fueron ocasionados con el desacato a la orden impartida por el Juzgado Segundo Superior de Aduanas, contenida en el oficio No. 0769 de 28 de agosto de 1985, en el sentido de "abstenerse de sacar a remate la mercancía a que se refieren los recibos de retención números 2762 a 2767, y con la desobediencia a la orden de restituir al actor dichas mercancías (partes y piezas para vehículos automotores), según lo dispuesto por el citado Juzgado en fallo de 13 de noviembre de 1987, confirmado por el Tribunal Superior de Aduanas el 8 de marzo de 1988 (fls. 368 a 372 y 413 a 415 del C.2.).

Consecuencialmente pidió condenar al demandado al pago del valor de los bienes decomisados cuyo valor estima en $65.000.000.oo y a la suma adicional de $20.000.000.oo, por el lucro cesante.

También pidió la actualización de la condena hasta la fecha del fallo que decida sobre las pretensiones.

La causa petendi, la hizo consistir en los siguientes hechos:

"1o. En ejercicio de mi profesión de Comerciante, importador y distribuidor de repuestos automotores usados, ingresé al país por el

puerto y Aduana de Santa Marta, mercancía de importación, la cual llegó al amparo del Registro de Importación No. 43810 del cual forma parte la modificación al mismo No. 1338, expedidos por el INCOMEX, de conformidad con los reglamentos sobre la materia.

"2o. Las mercancías amparadas por los documentos antes citados, fueron declaradas para efectos de nacionalización , ante la Aduana de la ciudad de Santa Marta correspondiéndole al Manifiesto el Número 0153 de Enero 22 de 1985; las mercancías fueron debidamente reconocidas y valorados dichos bienes, por los funcionarios que la ley designa para tal efecto, como son las Autoridades Aduaneras. Una vez cumplidos todos los trámites de nacionalización (De levante, según Decreto-ilegible- de 1984), el Sr. Administrador de la Aduana citada, autorizó la libre circulación de las mismas, de las mercancías, por el territorio nacional. Toda la importación consistió en repuestos usados para automotores, incluyendo entre ellos tales como motores, ejes, rines, transmisiones, diferenciales, etc, etc. Los cuales venían a su vez embalados o empacados en dos (2) contenedores.

"3o. Una vez sacados los contenedores con mis bienes de las instalaciones donde fueron Nacionalizados, procedí, ya en los patios de los ferrocarriles nacionales en la ciudad de Santa Marta, entidad ésta de transporte que se encargaría de llevarlos hasta la ciudad de Medellín, lugar donde tengo el almacén de expendios, procedí digo a embalar en los mismos, pues había espacio suficiente para ello, mercancía que me había sido devuelta por clientes asentados en las distintas ciudades de la Costa Atlántica y a embalar otras que por distintas razones me era necesario trasladar a la sede de mis negocios. Realizado lo anterior, los contenedores fueron entonces despachados a la ciudad destino. La salida de los mismos, de los patios de los Ferrocarriles Nacionales, fue impedida por unidades del Resguardo de Aduanas, pues según los mismos se presentía la comisión del delito de contrabando con dichos bienes.

"4o. Los funcionarios del Resguardo Nacional de Aduanas , entre otros, que llevaron a efecto el procedimiento fueron : El Sargento Vásquez Ortiz Rigoberto; y el Guarda Romero Castro Angel, quienes por intermedio de su superior, el Teniente Jaime Romero Meneses, pusieron los contenedores con la mercancía a disposición de los Jueces de Aduana de Santa Marta, bajo la presunción de contrabando.

"5o. Por reparto correspondió conocer del asunto al Juzgado 2o. Superior de la precitada ciudad, Superior de Aduanas, ante quien, ya avanzada la etapa investigativa, solicitó mi apoderado, se sirviera impartir orden estricta al Sr. Almacenista del Fondo Rotatorio de Aduanas en Santa Marta, entidad bajo cuya custodia se pusieron mis bienes, orden estricta digo en el sentido de no enajenar bajo ningún título, no rematar por

ningún motivo mis bienes, puestos bajo su custodia, pues teníamos la seguridad de demostrar que mis bienes eran legalmente importados al país, unos, y adquiridos en legal forma dentro del territorio Nacional otros.

"6o. El Juzgado procedió de conformidad con lo solicitado, dando origen al oficio 0769 de Agosto 28 de 1985, en el cual ordena al Fondo Rotatorio en Santa Marta", abstenerse de sacar a Remate las Mercancías a que se refieren los oficios 2763, 2764, 2765, 2766 y 2767 de la serie 'P' del Resguardo Nacional de Aduanas de esta ciudad y correspondientes a este año. ' Conviene aclarar que mis bienes fueron distinguidos con los números de oficios antes citados.

"7o. Tramitado el proceso por presunción de contrabando, el Juzgado le puso fin, de conformidad con lo dispuesto por el Artículo 163 del C. de P.P., pues demostramos que la mercancía era legalmente importada (Proveído de Marzo 7 de 1986).

"8o. En la segunda instancia, el Honorable Tribunal Superior de Aduanas, confirmó la sentencia parcialmente, ordenando la entrega de la mayor parte de la mercancía y ordenando algunas pruebas adicionales relativas a las mercancías que se dejaban de entregar (Providencia de julio 8 de 1986, Acta No.31).

"9o. Dando cumplimiento a los dispuesto por el Honorable Tribunal Superior, el Juzgado 2º. Superior de Aduanas de Santa Marta, a solicitud del suscrito por medio de mi apoderado, expidió orden escrita, al Almacenista del Fondo Rotatorio de la misma ciudad, Fondo Rotatorio de Aduanas, para que procediera a la entrega de mis mercancías, de mis bienes.

"10. A dicha solicitud, el Sr. Almacenista del Fondo Rotatorio de Aduanas, en Santa Marta, Sr. Hernán Rojas Calabra, me hace entrega de una certificación en la cual consta que mis bienes fueron rematados por dicha entidad, según autorización dada por la Dirección General de la misma, constante en oficio sin número del 18 de abril del año en curso.

"11. Resumiendo: El Fondo Rotatorio de Aduanas, en la ciudad de Santa Marta, remató mercancía que tenía en calidad de depósito y sobre la cual había recibido orden estricta de no enajenar bajo ningún título ni rematarla, orden esta dada por autoridad competente para ello. Y lo que es peor aún, la remató por un valor insignificante, ni siquiera aproximado por lo bajo al valor real y menos al comercial de la mercancía. Pero como si todo lo anterior fuera poco, remató mercancía que había sido legalmente introducida al país, tal como quedó demostrado del proceso judicial.

"12. Todo lo anterior, como es lógico, me ha causado un sin número de perjuicios de toda índole, como que fue llevado casi el estado de quiebra de mis negocios, pues me fueron retenidos y rematados los bienes objeto de mi actividad Comercial, y por lo menos mi condición de Comerciante honesto quedó en entre dicho ". (fls. 2 a 5 C.1).

2. *Trámite de la primera instancia.* El Tribunal admitió la demanda (fl. 88) y notificó el auto correspondiente al Director del Fondo Rotatorio de Aduanas (fl. 93), quien constituyó apoderado especial contestó la demanda en la que se opuso a la prosperidad de las súplicas en ella formuladas, propuso la excepción de pleito pendiente y pidió pruebas (fls. 96 a 98).

Las pruebas solicitadas por las partes fueron decretadas por auto de 21 de febrero de 1989 (fl. 103), siendo regular y oportunamente allegadas al proceso.

Vencido el término probatorio se dio traslado a las partes con el fin de que alegaran de conclusión, y al Ministerio Público para que rindiera su concepto de fondo (fl. 158). La demanda guardó silencio.

El apoderado del actor presentó el escrito que obra a los folios 159 a 161; en él, solicita acoger las peticiones deprecadas y, con ese propósito, manifiesta que se encuentran reunidos los elementos que comprometen la responsabilidad de la administración pues aparece demostrado que la entidad administrativa incumplió gravemente los deberes que le correspondían en su condición de depositario de los bienes que enajenó ilegalmente; según él, las circunstancias en que se realizó el traspaso "le permiten atreverse a pensar sobre la existencia en dicha operación de un ánimo doloso para ella; es que la misma Dirección del Fondo Rotatorio en el folio 124 del cuaderno enviado por dicha institución vio y así lo está dejando en claro que con la realización de dicha venta directa se pretermitieron claras y precisas disposiciones Constitucionales y legales además de observar la existencia de agravantes tales como que la mercancía sufrió tres avalúos del 40%, del 40% y del 25% siendo clara la observación de que los dos últimos avalúos se efectuaron el mismo día". De la documentación allegada, resulta clara "la pretermisión del ordenamiento jurídico con la actuación desarrollada por la administración en este caso, que el mismo Tribunal Superior de Aduanas en la sentencia que puso punto final al proceso por presunción de contrabando , enterado de la venta de la mercancía dice en el numeral 2º. de dicho proveído que se compulsen las copias a la Procuraduría General de la Nación , para la investigación disciplinaria correspondiente".

Para el Fiscal del Tribunal, en el proceso concurren los requisitos exigidos para que prospere la demanda y se indemnicen los perjuicios causados. Desde su punto de vista, se acreditó suficientemente la falla del servicio imputable a la Aduana Nacional, pues fueron sus funcionarios " quienes ordenaron la

venta en subasta pública de las mercancías que encontraban amparadas por sus respectivos manifiestos de Aduana y las cuales habían sido nacionalizadas, y lo que es más grave, que la autoridad competente que tenía bajo su responsabilidad las mercancías había ordenado al Fondo Rotatorio se abstuviera de rematarlas. El daño y el nexo causal resultan de la merma en el patrimonio del señor Schmiett Restrepo al no disponer en su oportunidad de unas mercancías que había adquirido legítimamente y de las cuales esperaba obtener alguna utilidad " (fls. 162 a 167).

3. *El fallo consultado.* El Tribunal niega la excepción de pleito pendiente propuesta por el demandado; su fundamento era el hecho de que en el proceso penal, el Tribunal Superior de Aduanas en providencia de 8 de julio de 1986, revocó la orden impartida por el Juez Segundo Superior de Aduanas para que cesara el procedimiento en contra del actor y para que se le devolvieran las mercancías.

Para el efecto, precisa que "si bien es verdad que en principio ocurrió así, también lo es que a la postre el Tribunal de Aduanas en sentencia del 8 de marzo de 1988 (fls. 413 a 418 Sumario Penal, Anexo 2) confirmó el segundo auto proferido por el Juez 2o. Superior de Aduanas el 13 de noviembre de 1987 liberando toda la mercancía y exonerando de responsabilidad al señor Schmiett Restrepo, dada la inexistencia del delito de contrabando ".

Advierte que, si bien la jurisprudencia viene admitiendo la responsabilidad por el depósito o bodegaje de mercancías fundada en la tesis del depósito necesario, es decir. con carácter objetivo, la cuestión litigiosa se debe enfocar, como lo propone el actor, con aplicación del régimen de la falla o falta del servicio, la cual surge ostensible de las irregularidades que, por acción u omisión, se observan en la conducta asumida por los agentes de la administración.

La falla o falta se configura con la no devolución de los bienes pese a la decisión de las autoridades judiciales competentes. No obstante la orden concreta para que las mercancías no fueran sacadas a remate, el almacenista solicitó autorización para hacerlo y la dirección general la concedió a condición de sujetarla "a las normas legales ";actuación tan irregular, rayana en lo delictual, determinó que tanto la administración del Fondo como el Tribunal Superior de Aduanas ordenaron la investigación correspondiente contra los funcionarios que participaron en la operación administrativa.

El Tribunal concluye que "La venta de la mercancía contra expresa orden judicial, en contravención de la disposición directiva de que sólo podía rematarse bienes perecederos o fungibles, y por un avalúo írrito, constituye a no dudarlo un hecho dañosos imputable a la administración ".

La falla condujo a la venta ilegal de los bienes depositados con merma sensible del patrimonio del demandante pues, a cambio de ellas, se le entregó una suma que en ningún caso corresponde a su valor real. De esta circunstancia deduce el nexo causal.

El *a-quo*, para precisar el monto de la condena, tuvo en cuenta el valor de las mercancías a la fecha de la incautación , o sea, $7.600.474.oo; dispuso la actualización de tal suma y la deducción, de ese resultado, de lo que la administración hubiere abonado al actor como parte del precio de dichos impuestos.

La condena se impuso en abstracto por no figurar en el proceso los índices de precios al consumidor certificados por el DANE para los diversos períodos que comprende la indemnización.

4.- *Los alegatos del grado de consulta.* En el término de alegatos de conclusión, las partes guardaron silencio.

La Señora Fiscal Séptimo del Consejo de Estado encuentra acertada la decisión del *a-quo* y estima que debe ser confirmada.

En apoyo de su punto de vista, el Agente del Ministerio Público discurre de la siguiente manera:

> "En cuanto a la existencia de un hecho que se estima dañoso, la Fiscalía considera que efectivamente éste acaeció, en relación no al acto mismo del decomiso de la mercancía, por parte del Fondo Rotatorio de Aduanas de Santa Marta, sino frente al hecho de que una vez avocado el conocimiento por el Juzgado Segundo Superior de Santa Marta, quien ordenó la devolución o restitución de los bienes decomisados al propietario mediante providencia del 7 de marzo de 1986, resolviendo que por inexistencia del delito y conforme a lo mandado por el Art. 163 del C.P.P., dispuso la sanción del procedimiento, ordenando restituir en favor del Actor las mercancías decomisadas, las que relacionó en la misma providencia (fls. 15 a 37 C. principal).
>
> " Al ser apelado el anterior proveído, el Tribunal Superior de Aduanas, en providencia del 8 de julio de 1986 sostuvo: 'Distinta es la situación del otro sindicado porque partiendo de la base de que es digno de crédito el dictamen de la aforadora y de que la documentación aportada es válida, parte de la mercancía queda por fuera y resulta por lo menos exagerado el dicho del perito técnico con lo explicado por el mismo interesado.- Si es que las piezas no comprendidas en los manifiestos son accesorias de las que si lo están, es el perito quien también debe expresarlo así, y no decidir el punto con la sola afirmación del implicado, máxime cuando se trata de cesar el procedimiento extraordinario mediante la

aplicación del artículo 163 del Código de Procedimiento Penal, que exige plena certeza y bases firmes para su procedencia, no situaciones dudosas como la *subjudice*.-' (fls. 38 a 44). Revocando parcialmente, la entrega de la mercancía que relaciona a folios 43 y 44 del cuaderno principal.

"Así las cosas, y previo el Oficio Nº. 0769 emanado del conocimiento, dirigido al jefe de Almacenes de Fondo Rotatorio de Aduanas de dicha ciudad, visible a folio 84 la citada entidad demandada ordenó la subasta pública de la referida mercancía, mediante acta de venta directa del 13 de mayo de 1986 y de apertura de la subasta Nº . 2 (fls. 49 a 83).

"En cuanto al daño, segundo de los elementos mencionados, este acaeció al demostrar el actor mediante copias debidamente autenticadas, que la mercancía importada, repuestos usados para automotores, habían ingresado legalmente al país, mediante manifiesto de importación Nº 1930 visibles en el cuaderno Nº 2, desvirtuando el posible delito de contrabando que se le endilgaba al Actor, y que al ser retenidas y posteriormente rematadas, le ocasionaron al propietario de las mismas, un detrimento en su patrimonio económico.

"Igualmente aparece debidamente probado el vínculo de causalidad entre el hecho y el daño, existiendo así, en el caso en comento, la falla del servicio, falla que se presenta al rematarse en subasta, a pesar de orden expresa de no hacerlo, las mercancías retenidas al Actor mercancías que habían ingresado legalmente al país ." (fls . 190 a 191 C. Principal).

LA SALA CONSIDERA

La sentencia consultada debe ser confirmada en su integridad; tanto los supuestos de la responsabilidad patrimonial de la administración como el monto de los perjuicios, fueron correctamente evaluados y estimados por el *a-quo*; sin embargo la condena se hará en concreto.

Lo anterior no obsta para censurar el inexplicable silencio de la entidad pública a lo largo del proceso, que muestra un evidente abandono de los intereses patrimoniales que está en la obligación de defender.

De los medios de prueba recogidos en el proceso se acreditan los siguientes hechos :

1.- Mediante el Registro Nº. 43810 de 5 de julio de 1984, el Incomex autorizó la importación de motores y otros repuestos usados de vehículos automotores.

Hecha la importación y reunidos los requisitos legales, se procedió a su legalización con el Manifiesto de Importación N°. 0153 de 22 de enero de 1985.

2.- Cumplido este trámite, la Aduana Nacional otorgó la autorización de entrada y el tránsito hacía el interior del país de las mercancías descritas, dentro de los contenedores Nos. 269682 y 256939; el traslado del terminal marítimo a la estación del ferrocarril para transportarlas hasta la ciudad de Medellín se cumplió el 24 de enero del citado año.

Al día siguiente, los funcionarios de la Aduana observaron que el peso de las piezas puestas en los contenedores era superior al de los bienes nacionalizados; procedieron a hacer la revisión y encontraron que se habían agregado otros artículos; esta circunstancia originó la incautación según los recibos de retención Nos. 2762, 2763, 2764, 2765, 2766 y 2767.

3.- Bajo presunción de contrabando, los repuestos se entregaron al almacenista del Fondo Rotatorio de Aduanas en la ciudad de Santa Marta, Departamento del Magdalena, como consta en las Actas de Ingreso Nos. 199 y 200 del 13 de febrero de 1985.

El Juzgado Segundo Superior de Aduanas de la misma ciudad dispuso adelantar la investigación por el presunto delito de contrabando mediante auto del 20 de febrero de 1985.

El Juzgado de conocimiento, con oficio No. 0769 del 28 de agosto de 1985, solicitó, al Jefe de Almacén de la Aduana se abstuviera de sacar a remate las mercancías.

Contrariando el mandato judicial, el almacenista en cuestión solicitó autorización para la venta con los oficios Nos. 0196 y 416 del 12 de febrero y 14 de abril de 1986 dirigidos a la administración del Fondo; el Director General impartió su visto bueno, con oficio del 18 de abril del mismo año, luego de precisar que se debía sujetar a las normas legales vigentes.

Según consta en el Acta de Egreso No. 004 del 13 de mayo de 1986, la venta se hizo, con serias irregularidades, por $3.839.102.18; de esa suma, se reintegró al interesado $1.992.174,70 (fl.86).

4.- Mediante providencias del 7 de marzo de 1986 y 13 de noviembre de 1987, el Juzgado Segundo Superior de Aduanas resolvió cesar todo procedimiento contra el actor y devolverle las mercancías retenidas.

El Tribunal Superior de Aduanas confirmó la decisión con providencias del 8 de julio de 1986 y marzo 8 de 1988; esta última, luego de advertir que la Entidad depositaria enajenó la mercancía sin orden judicial previa, dispuso

compulsar copias para la Procuraduría General de la Nación a fin de que se investigara esta conducta y se sancionase a los responsables.

La entidad pública demandada también inició la investigación disciplinaria correspondiente.

Como ya ha tenido oportunidad de expresarlo esta Sala en casos semejantes, una situación como la que se dejó extractada estructura una evidente falla del servicio del establecimiento público demandado. En efecto, conforme a las normas que regulan la materia, la venta de los bienes solo está autorizada respecto de "las cosas fungibles o que puedan dañarse o sufrir deprecio, merma o deterioro importante , o para cuyo almacenamiento se presenten serias dificultades " (Artículo 25 del Decreto 520 de 1971); de no ser esa la situación, la enajenación ha de "hacerse por remate", diligencia legalmente viable una vez "en firme la declaración de que una mercancía es de contrabando" (Art. 82 del Decreto 955 de 1970), lo cual se precisa en la sentencia, en el auto que ordena el sobreseimiento definitivo, o bien el archivo del expediente o la cesación del procedimiento (Art. 85 id.); entretanto se da ese pronunciamiento judicial, se opera un fenómeno de depósito forzoso merced al cual el depositario (Fondo Rotatorio de Aduanas) tiene el deber de custodia en los bienes incautados, como lo dispone el Código Civil (Art. 83 *ibídem*).

En el caso que se examina, la descripción de las mercancías contenidas en los recibos de retención y en las Actas de Ingreso y de Egreso, enseña que no se trataba de muebles perecederos ó susceptibles de sufrir daño o deprecio, merma o deterioro en condiciones normales de almacenamiento y tampoco se vislumbra que por su conformación, volumen o cualquiera otra razón, pudieran existir dificultades especiales para mantenerlos en bodegas; se trata de motores, rines, puertas, capós transmisiones, guardabarros y trenes delanteros, básculas, máquinas para ejes, etc. cuya naturaleza indica que su conservación en depósito no genera mayores inconvenientes.

Considerando lo anterior, se impone acoger los planteamientos que fundamentan la sentencia consultada y que la Sala comparte, pues la Entidad estaba obligada a mantener en sus bodegas los repuestos automotores puestos a su cuidado y en ningún caso le era lícito, como lo hizo , disponer de ellos antes de que se definiera judicialmente la legalidad de su ingreso al País.

En firme la declaración de que no eran de contrabando, la demandada no tenía camino distinto que atender la orden judicial y devolverlos a su dueño; la desobediencia en que incurrió, sin lugar a duda, comprometió la responsabilidad patrimonial de la demandada, según lo dispuesto en el artículo 2o. del Decreto 630 de 1942 sustitutivo del artículo 55 de la ley 79 de 1931, del siguiente tenor:

"Salvo las pérdidas o daños por fuerza mayor, evaporación, deterioro natural, empaque defectuoso o de suyo inadecuado, por su poca consistencia o mala confección para la seguridad de su contenido, el Gobierno responderá a los dueños de la mercancía almacenada en las bodegas oficiales, desde la fecha de su recibo hasta la de su retiro en legal forma, abandono voluntario o hasta cuando se considere legalmente abandonada por haberse cumplido el término legal de almacenaje ".

La falla o falta del servicio deducida a la administración generó el daño, en relación directa y necesaria de causalidad y en consecuencia, el Fondo deberá reparar los perjuicios causados a FRANCISCO HENRY SCHMIETT RESTREPO; se debe, pues, confirmar la condena hecha a la demandada por el fallador del primer grado.

Para la Sala no hay ningún reparo que hacer al monto histórico que se fijó para los perjuicios materiales en la suma de $7.600.474.00. Los planteamientos del *a-quo* son válidos y por esa razón se puede presumir las partes se mostraron conformes con su decisión.

La actualización ordenada, se hará con aplicación de los índices de precios al consumidor que lleva el DANE, con la fórmula :

$$V.P. = vh \frac{\text{Indice final}}{\text{Indice inicial}}$$, en donde :

V.P. es el valor actualizado que se busca; v. h. el valor ya liquidado de $7.600.474.00; para el primer período: índice inicial el del 11 de febrero de 1985 de 45.25 e índice final el del 21 de enero de 1987 de 65.71; y para el segundo período: índice inicial, el del mes de febrero de 1987 por 67.15 y final, el de la fecha de esta providencia de 254.33.

Hecha la conversión, la indemnización quedará así:

a) *Primer periodo*:

$$V.P. = 7.600.474.oo \frac{65.71}{45.25}$$

V.P. = 11.037.064.01

b) *Las deducciones* :

S = 11.037.064.01 - 2.152.836.53

S = 8.884.227.48

c) *Segundo período* :

$$V.P. = 8.884.227.48 \frac{254.33}{67.15}$$

V.P. = 33.648.929.oo

Sobre este valor neto de la condena se liquidarán intereses comerciales durante seis (6) meses siguientes a la ejecutoria de esta providencia y moratorios después de este término.

Teniendo en cuenta que la Ley 06 de 1992 en su artículo 107 suprimió el Fondo Rotatorio de Aduanas y ordenó que la Dirección de Aduanas Nacionales asumiera todos los derechos y obligaciones de la entidad suprimida, se dispondrá en la parte resolutiva lo pertinente para que la nueva entidad asuma el cumplimiento de la condena.

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

FALLA:

MODIFICASE la sentencia consultada, la cual quedará así :

PRIMERO : Declárase administrativamente responsable al FONDO ROTATORIO DE ADUANAS de los perjuicios ocasionados al señor FRANCISCO HENRY SCHMIETT RESTREPO por la no devolución de una mercancía consistente en repuestos usados para vehículos automotores, por haber procedido contra decisión judicial, a su venta directa.

SEGUNDO : Condénase al FONDO ROTATORIO DE ADUANAS a pagar a FRANCISCO HENRY SCHMIETT RESTREPO la suma de TREINTA Y TRES MILLONES SEISCIENTOS CUARENTA Y OCHO MIL NOVECIENTOS VEINTINUEVE PESOS ($ 33.648.929).

TERCERO : Las cantidades liquidadas por perjuicios materiales, devengarán intereses comerciales durante seis (6) meses siguientes a la ejecutoria de esta providencia y moratorios después de ese término.

CUARTO : Deniéganse las demás pretensiones de la demanda.

Dese cumplimiento a los artículos 176 y 177 del C.C.A., para la cual se expedirá copia de las sentencias con constancia de su ejecutoria, con destino a la parte actora y a la Dirección de Aduanas Nacionales, conforme a los

dispuesto en los artículos 106 y 107 de la Ley 06 de 1992 y a la parte actora (Art. 115 del C. de P.C.).

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de fecha diez y siete (17) de septiembre de mil novecientos noventa y dos (1992).

Daniel Suárez Hernández, Presidente de la Sala; *Juan de Dios Montes Hernández, Carlos Betancur Jaramillo, Julio César Uribe Acosta.*

Ruth Stella Correa Palacio , Secretaria.

CONTRATO ADMINISTRATIVO-Incumplimiento

Las Empresas Públicas de Medellín al ordenar la suspensión temporal de las labores del contratista, sin tomar determinación alguna para que tal suspensión se tornará en definitiva, lo que en la práctica sucedió, sin que se procediera a su terminación unilateral y liquidación autorizadas legal y contractualmente, condujo a la entidad demandada al incumplimiento de las estipulaciones contractuales con desmedro de los intereses pecuniarios del demandante, los cuales, como es obvio, deben indemnizarse.

CONTRATO ADMINISTRATIVO/ PERJUICIOS MATERIALES / AIU

El perjuicio material por el incumplimiento del contrato, deberá calcularse con fundamento en las pretensiones contractuales del demandante, quien tomó en consideración un 15 por A.I.U., descompuesto así: por Administración: 5 por Imprevistos: 5 y, por utilidad: 5, factor este último que se refiere a las garantías que razonablemente esperaba percibir por la ejecución de las obras convenidas.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera

Santafé de Bogotá, D.C., diecisiete (17) de septiembre de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente : *Doctor Daniel Suárez Hernández.* Referencia: Expediente No. 6789. Actor : Germán Rodríguez Mora.

Decide la Sala el recurso de apelación el interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 3 de mayo de 1991, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sección Primera, mediante la cual se dispuso:

" 1o.- DECLARASE que las EMPRESAS PUBLICAS DE MEDELLIN incumplieron el contrato celebrado por esta entidad y el señor GERMAN RODRIGUEZ MORA, distinguido con el Nro. 3/DJ-8483/22 del 8 de julio de 1986.

" 2o.- Como consecuencia de la declaración anterior, se condena a las EMPRESAS PUBLICAS DE MEDELLIN a pagarle al contratista, señor GERMAN RODRIGUEZ MORA, por concepto de perjuicios materiales en su modalidad de daño emergente y lucro cesante, las sumas que en posterior incidente liquidatorio y de conformidad con los arts. 172 del C.C.A. y 137 del C.P.C., resulten en favor del señor RODRIGUEZ MORA , de acuerdo con las pautas indicadas en la parte motiva de esta providencia.

" 3o.- Niéganse las demás pretensiones de la demanda ".

1. ANTECEDENTES

1o.- *La demanda*

En escrito presentado el 4 de junio de 1987, por conducto de apoderado, el señor Germán Rodríguez Mora, en ejercicio de la acción contractual del artículo 87 del C.C.A., formuló demanda ante el Tribunal Administrativo de Antioquia, contra las Empresas Públicas de Medellín, para que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

" a) Que se declare terminado por incumplimiento de las Empresas Públicas de Medellín, el contrato celebrado por ésta con el Dr. Germán Rodríguez Mora y distinguido con el No. 3/DJ-8433/22 del 8 de julio de 1986.

"b) Que como consecuencia de la declaración anterior, se declare igualmente la responsabilidad patrimonial de las Empresas Públicas de Medellín derivada de tal incumplimiento y por ende que se condene a la Entidad demandada a pagarle al contratista Germán Rodríguez Mora, quien cumplió y se allanó a cumplir el contrato en el tiempo y forma debidos, el valor de dicho contrato con el valor debidamente actualizado a la fecha de la sentencia.

" c) Así mismo, que se condene a las Empresas Públicas de Medellín, a pagarle al contratista cumplido Germán Rodríguez Mora todos los perjuicios de orden moral y material en su doble modalidad de daño emergente y lucro cesante, conforme a justa tasación de peritos, en concreto, derivados del incumplimiento aludido.

" d) Que se ordene a las Empresas Públicas de Medellín , a darle cumplimiento a la sentencia definitiva dentro del término previsto por el C.C.A.

" e) Que se dé cumplimiento al art. 178 del C.C.A ".

2o.- *Fundamentos de hecho*

Se relacionan detalladamente en la demanda a los folios 57 a 68. Los mismos fueron concretados por el Tribunal en los siguientes términos:

" 1o. Que por licitación pública nacional, PL.E/47, las Empresas Públicas de Medellín abrieron concurso para el proyecto hidroeléctrico Playas, vigilancia de propiedades y sostenimiento forestal.

" 2o. Que las bases del mismo fueron publicadas el 14 de febrero de 1986 donde se determinaba que las propuestas se recibían hasta las 4:15 p.m. del 14 de marzo de 1986, en las oficinas de la División Playas de las Empresas Públicas de Medellín.

" 3o. Que en marzo 14 de 1986, el Dr. GERMAN RODRIGUEZ MORA, Ingeniero Forestal remitió la PROPUESTA para participar en la licitación PL-E/47: Vigilancia de propiedades y sostenimiento forestal, en su calidad de licitante e inscrito en el registro de contratistas, donde señala que está presentando propuestas separadas para el Programa I., Vigilancia de Propiedades y para el Programa II, Sostenimiento Forestal, esperando que en caso de ser favorecido le sea adjudicado solamente un programa. (Anexo 3).

" 4o. En la carta de presentación de la propuesta, del 14 de marzo de 1986, sobre proyecto Hidroeléctrico Playas, Licitación PL-E/47 declaró a la firma licitante o sea a GERMAN RODRIGUEZ MORA, su oferta. (Anexo 4) y acompañó toda la documentación de rigor.

" 5o. Que según oficio No. 159104 de junio 20 de 1.986, la doctora SILVIA CASTAÑO, Secretaria General de las Empresas Públicas de Medellín, en su sesión del día 3 de junio de 1986, acta No. 1103, dispuso adjudicarle al Dr. Germán Rodríguez Mora, el contrato correspondiente al Programa II, relacionado con el sostenimiento forestal de los predios e instalaciones de las Empresas en el Proyecto Hidroeléctrico Playas, correspondiente a la Licitación P.-E/47, por un valor de once millones quinientos ocho mil quinientos ochenta pesos ($11.508.580) precio reajustable y con una duración de quinientos cuarenta días (540) contados a partir de la fecha de iniciación que fijen las Empresas. (Anexo 5).

"6o. Que en julio 8 de 1986, se suscribió el contrato respectivo con el Dr. Carlos Posada Uribe, Gerente General de las Empresas Públicas

de Medellín y el Dr. Germán Rodríguez Mora, representante de la firma GERMAN RODRIGUEZ MORA. (Anexo 6).

" 7o. Que por oficio 163410 de agosto 13 de 1986, expedido por el Jefe de la División Playas, Sr. Octavio Rendón Gallego, se ordenó la iniciación de trabajos relacionados con la licitación de la referencia (PL-E/47) y como fecha de iniciación de los mismo se fijó el 25 de agosto de 1986. (Anexo 7).

" 8o. Que en agosto 26 de 1986 , por oficio CSSEG-367 " se le dice a la Compañía de Seguros del Comercio S.A. que según información suministrada por la sección encargada de la INTERVENTORIA de las obras, mediante el memorando 163410 el contrato de la referencia 3/ DJ-8433/22, solo se inició el día 25 de agosto de 1986 y que, con base en ello, se ruega - desplazar la vigilancia de cada uno de los objetos de la póliza de garantía sin costo adicional para el contratista ".

" 9o. Que la correcta inversión del anticipo se pactó a partir del 25 de agosto de 1.986 hasta el 17 de febrero de 1.988, y el cumplimiento se pactó a partir del 25 de agosto de 1.986 al 17 de abril de 1.988, sin modificar la vigencia inicial de 600 días hechos que constan en los oficios CSSEG-3167, 3168 y 3169, suscritos por Gloria a Gallego, y que la responsabilidad civil extracontractual se pactó por 600 días desde el 25 de agosto de 1.986 al 17 de abril de 1.988.

" 10o. Que el Contratista allegó oportunamente la documentación y ejecutó el contrato dentro de la más buena fe hasta cuando las Empresas incurrieron en incumplimiento del mismo en razón de no entregarle al contratista las áreas convenidas para efectuar la labor encomendada de rocería, replateo, limpieza de cunetas de zonas encascajadas y corte de grama.

" 11o. Que según consta en el contrato el área ofrecida para la ejecución de los trabajos era de 1.400 hectáreas con un valor unitario de $6.350.20 y total de $8.890.280.

" 12o. Que el 28 de octubre de 1.986 , las Empresas dieron la orden de suspender los trabajos correspondientes al *ítem* uno, correspondiente a rocería, lo cual ocurrió debido a que en ese momento los agentes de las Empresas detectaron que el " área ofrecida en la licitación no existía, pues la entregada al contratista era inferior ", ordenando una medición por parte de topógrafos de las mismas Empresas, quienes confirmaron que apenas había aproximadamente de 120 a 150 hectáreas.

" 13o. Que no obstante la falla anterior, se ordenó al Contratista continuar con los otros frentes, esto es con limpieza de zonas afirmadas; limpieza de cunetas y mantenimiento de cercos.

" 14o. Que el Contratista cubrió el anticipo y tres de las actas porque las últimas no han sido pagadas sin que se haya dado razón alguna a éste.

" 15o. Que desde el 28 de octubre de 1.986 el contratista ha solicitado a las Empresas que le den cumplimiento al contrato que arbitrariamente le suspendieron, pero todo se ha diluido en el tiempo y en cambio no se le han efectuado los pagos pactados.

" 16o. Que las Empresas Públicas no solamente incumplieron el contrato al impartir el 29 de octubre de 1.986 la orden de suspender las obras o labores de rocería y no dar la orden de iniciación de las labores de replateo, lo que suma el 85% del contrato total, en forma aproximada, sino que además, no le han cubierto las últimas actas o cuentas parciales presentadas conforme a lo pactado en el contrato.."

" 17o. Que las causas que llevaron a la cesación del contrato le son imputables a las Empresas Públicas de Medellín con culpa grave, de carácter contractual, por no tomar las medidas de diligencia y cuidado previas a la oferta, licitación, adjudicación y contratación de la obra, haciendo incurrir al contratista, por esta indiligencia, en desfase patrimonial grave, causando con ello un desequilibrio contractual totalmente injustificado en contra del contratista.

" 18o. Que en el caso cuestionado de presenta por parte de las Empresas Públicas de Medellín, el "desequilibrio contractual y la justicia conmutativa y se ha inhibido el desarrollo económico de la gestión por parte del contratista, ya que Empresas alteraron el equilibrio o ecuación financiera del contrato, en forma unilateral ".

3o. *Actuación Procesal*

En escrito que corre al folio 133 el apoderado de las Empresas Públicas de Medellín dio contestación a la demanda y admitió como ciertos algunos hechos, negó otros y dejó algunos sometidos a su comprobación. En cuanto a las pretensiones del actor manifestó su oposición a las mismas y pide que se condene en costas. Como excepciones propuso: la "No responsabilidad de las Empresas, debido a que la suspensión del contrato no tuvo su causa en hechos imputables a éstas " y "Todos aquellos hechos que se demuestren en el curso del proceso y que tienden a enervar la pretensión del demandante ".

Agotado el período probatorio, el *a-quo* dispuso el traslado a las partes para que alegaran de conclusión y a la Fiscalía para que admitiera su concepto de fondo. A los folios 459 a 462 se encuentra el memorial correspondiente de la entidad demandada, en donde se concluye : "si la suspensión de parte del contrato se hizo por orden de las Empresas ante la presencia de hechos no imputables a ellas y con fundamento también en lo pactado , y la suspensión del resto de actividades fue por voluntad del contratista, quien tampoco acredita

los perjuicios que alega, ninguna responsabilidad puede imputársele a la entidad pública". La vista fiscal se mostró contraria a las peticiones de la demanda.

4.- *La sentencia apelada.*

Consideró el Tribunal que por parte de las Empresas Públicas de Medellín, al disponer la suspensión temporal del contrato, en la práctica "implicó una terminación de hecho del contrato respecto de sus partes más importantes, quedando al contratista sólo la posibilidad de cumplir aquellas de menor trascendencia.... se tradujo en claro perjuicio para el contratista que de tal forma se vio imposibilitado a cumplir sus obligaciones, a través de los cual, como es obvio, esperaba obtener un beneficio económico ".

Estima el *a-quo* que la entidad demandada, al percibir los efectos dañosos provocados por las hormigas arrieras, "debieron proceder a dar por terminado el contrato por este motivo sobreviniente durante su ejecución..." Para concluir sus consideraciones , afirma que " las Empresas incurrieron en un inadecuado manejo del problema. En efecto, el proceder injurídico de la interventoría al disponer una suspensión indefinida de ejecución de un 80% del contrato, en la práctica implicó una terminación unilateral de hecho e ilegal del mismo, cuando lo correcto y jurídico era acudir a disponer la autoridad competente, el Gerente General (sic) su terminación unilateral conforme lo visto anteriormente, caso este en que como se trata del ejercicio de una de las prerrogativas o privilegios exorbitantes que con razón del interés público se reconoce a las entidades públicas, se debía proceder a la liquidación del contrato teniendo en cuenta un valor estimativo compensatorio de los perjuicios en favor del contratista, según lo prevén los arts. 8o de la Ley 19 inc. 2o del Decreto 222 de 1.983". (sic)

Con relación al reconocimiento indeminizatorio por perjuicios morales, dada la naturaleza del hecho, descartó la posibilidad de aceptar su existencia. Sobre los perjuicios materiales, estimó el a-quo que ninguna de las experticias realizadas producían la certeza suficiente para tasar el monto indemnizatorio. Por esta razón determinó condenar en abstracto para someter a trámite incidental la liquidación en concreto de la condena.

5o.- *La apelación*

Inconformes las partes con la decisión de primera instancia, interpusieron recurso de apelación (Fls. 491 a 496) y, posteriormente, en la oportunidad para alegar, así lo hicieron, la demandada en escrito de folios 505 a 507, y la demandante, en memorial a los folios 508 a 514.

La parte actora pretende que la condena se liquide en concreto, que la suma de $66.138.399.78 señalada en la demanda como valor del daño, no se tome en consideración y, por último, que se reconozca indemnización por los perjuicios morales.

La empresa demandada pretende al recurrir que se revoquen los puntos 1 y 2 impugnado, porque las razones de incumplimiento de la empresa contratante no fueron demostradas y porque la acción dañosa de las hormigas arrieras sobre los árboles fue imprevisible ", constituyendo por tanto un caso fortuito que impidió la ejecución del contrato y consecuentemente que eximía de toda responsabilidad a las partes ". Plantea la recurrente que las consecuencias derivadas de la rocería y replateo y de la presencia de las hormigas arrieras "eran desconocidas para los contratantes, eran por tanto imprevisibles e irresistibles, las que por sí solas generan la situación de caso fortuito o fuerza mayor alegadas en la contestación de la demanda".

La señora Fiscal Segunda de la Corporación, conceptúa en el sentido de que se revoque la sentencia impugnada y se denieguen las súplicas de la demanda. Considera que la entidad demandada no incumplió el contrato, sino que apenas lo suspendió parcialmente, sin darlo por finalizado.

II .-CONSIDERACIONES DE LA SALA

La Sala encuentra debidamente acreditado en este proceso, lo siguiente:

1o.- Las Empresas Públicas de Medellín, mediante la licitación pública nacional PL, E/47 convocaron a concurso para contratar la vigilancia y sostenimiento forestal de las propiedades de la entidad en el Proyecto Hidroeléctrico Playas. (Fl. 79).

2o.- El demandante, ingeniero forestal Germán Rodríguez Mora, presentó su propuesta el 14 de marzo de 1.986 ante las Empresas Públicas de Medellín, División Playas (Fls. 4 -26).

3o.- La Junta Directiva de la mencionada entidad, en sesión del 3 de junio de 1.986, acta 1103, determinó adjudicarle al actor el contrato relacionado con el sostenimiento forestal de los predios e instalaciones de las Empresas, por un valor de $11.508.580. (Fl. 28).

4o.- Las partes suscribieron el contrato No 3/DJ-8483/22 para desarrollar y ejecutar las labores y objetivos a que se referían la licitación pública PL - E/47 y la propuesta formulada por el demandante. (Fls. 29 a 36).

5o.- Mediante oficio 163410, del 13 de agosto de 1.986, el Jefe de División Playas, le ordenó al contratista la iniciación de los trabajos a partir del 25 de agosto del mismo año . (Fl. 37).

6o.- El contratista, luego de satisfacer los requisitos administrativos para el perfeccionamiento del contrato, inició en la fecha que la entidad pública le fijó, la ejecución del mismo, la cual, fundamentalmente consistía en labores de rocería, replateo, sostenimiento y corte de grama, limpieza de zonas afirmadas, limpieza de cunetas y mantenimiento de cercas. (F. 36). Para efectuar los trabajos relacionados, se hacía indispensable cumplir las labores de rocería para luego hacer el replateo.

7o.- Cuando el contratista ejecutaba las labores convenidas, especialmente las de rocería, la interventoría hizo la siguiente observación : "Sírvase ordenar suspender la actividad de rocería hasta nueva orden ". (Fl. 226). La orden anterior aparece fechada el 24 de octubre de 1.986. El concepto del Departamento Forestal recomendó : " 1. Suspensión inmediata de la rocería", además de dar algunas instrucciones para controlar las hormigas arrieras. (Fl 402).

8o.- Los hechos relacionados que inicialmente dejaban entrever apenas una suspensión provisional o temporal en la ejecución del contrato especialmente con respecto a los trabajos de rocería y replateo, a la larga determinaron una finalización del contrato, por cuanto el contratista quedó imposibilitado para satisfacer aproximadamente un 85% de la labor convenida. Sólo pudo cumplir en parte algunas de las otras labores menores negociadas y nó hasta el final.

9o.- En comunicación fechada el 25 de noviembre de 1.986 y dirigida al Jefe del Departamento de Servicios Generales de las Empresas Públicas de Medellín, el contratista le manifiesta su preocupación "por la parálisis en los trabajos del contrato.... ordenadas por la interventoría a su cargo y debida a causas no imputables al contratista ", quien además hace notar que no ha recibido comunicación sobre las causas de la suspensión de las obras, que se afecta el 85% del plan de trabajo (Fl. 50). Posteriormente en escrito de fecha 4 de mayo de 1.987 solicita a la entidad contratante que "se digne declarar la terminación y liquidación del contrato de la referencia".

10o.- El interventor en el contrato referido, José Bernardo Ruiz Duque, declaró que " La suspensión por parte de E.E.P.P., se debió a una orden del Departamento Forestal ... por una consulta técnica por parte del interventor.... tal era que una vez se efectuó la rocería de la maleza, la hormiga arriera estaba devorando los árboles plantados, los cual llevaría que éstas últimas, las arrieras , acabaron con toda la plantación, lo cual fue necesario consultarle al Departamento Forestal, el cual respondió (sic) la suspensión inmediata de la rocería ". Sobre el comportamiento del actor , se expresa así el Interventor : "Correcto . hasta ese día venía cumpliendo con sus labores y el contrato..... La suspensión de rocería se produjo en octubre de 1.986 y él trabajó en los otros ítem del contrato hasta junio 1 de 1.987, hasta cuando decidió abandonar el trabajo". Refiere el mismo Interventor que entre las partes hubo negociaciones para solucionar el problema presentado, "se trataba de compensar, además de la obra adicional, completamente el valor de los cercos , el valor que el había dejado de recibir por las obras a realizar, se trataba de establecer un equilibrio para el contratista entre lo que había dejado de ganar y las obras adicionales o extras que se le iban a dar... se trató de establecer un equilibrio entre los costos fijos, la utilidad que posiblemente obtendría él y los imprevistos, pero no se llegó a ningún arreglo ".

De los puntos anteriormente relacionados, cuya demostración aparece en el proceso, deduce la Sala que por parte de la entidad demandada sí hubo un ostensible incumplimiento contractual que amerita la correspondiente decisión indemnizatoria, tal como lo decidió el Tribunal administrativo de Antioquia.

En efecto:

Con suficiente claridad se interfiere que el ingeniero Rodríguez Mora sí dio oportuna y realmente cumplimiento a las obligaciones pactadas en el contrato para el mantenimiento y vigilancia forestal del Proyecto Hidroeléctrico de Playas. Por el contrario, la empresa demandada al ordenar la suspensión temporal de las actividades del contratista, que posteriormente se convirtió, en la práctica, en definitiva, sí faltó a sus compromisos, y generó para el contratista una situación de inestabilidad profesional y económica.

Se presentó entonces, durante la ejecución del contrato, un grave motivo para su cumplimiento como fue la aparición de las hormigas arrieras, las que al perder su alimento natural (la maleza), acudieron para alimentarse a los árboles de reforestación.

Frente a esta situación, sin duda de grave inconveniencia para el interés público, correspondía a las Empresas Públicas de Medellín buscar la solución legalmente más adecuada para esta excepcional situación. Pudo entonces la administración, en ejercicio de los poderes o facultades exorbitantes que la autorizan a dar unilateralmente por finalizado un contrato, por cuanto se daban razones de interés público para hacerlo, conforme a las normas del estatuto contractual de la demandada, transcritas en el pliego de condiciones, en el apéndice 2 (f. 352), las que corresponden al artículo 19 del Decreto 222 de 1.983, disposiciones estas autorizan la terminación unilateral del contrato cuando se den graves motivos, posteriores al perfeccionamiento o sobrevinientes dentro de su ejecución, que determinen que es de grave inconveniencia para el interés público el cumplimiento del contrato y que se declara su terminación por medio de resolución motivada.

En las condiciones antes relacionadas, estima la Sala que las Empresas Públicas de Medellín al ordenar la suspension temporal de las labores del contratista , sin tomar determinación alguna para que tal suspensión se tornara en definitiva, lo que en la práctica sucedió, sin que se procediera a su terminación unilateral y liquidación autorizadas legal y contractualmente, condujo a la entidad demandada al incumplimiento de las estipula en las estipulaciones contractuales con desmedro de los intereses pecuniarios del demandante, los cuales, como es obvio, deben indemnizarse.

Cabe advertir que acerca del incumplimiento alegado por la parte actora en razón de la cabida o superficie de los terrenos sobre los cuales iba a desarrollar las labores contractualmente convenidos, y que, según el contratista fueron inferiores a las señaladas en el pliego de condiciones y en el contrato, la Sala comparte las apreciaciones del Tribunal sobre este

particular, en cuanto "hay que entender el contrato de acuerdo a su finalidad y concluir que hay una equivocada interpretación al respecto por el contratista, a más de que, como bien se anota en la providencia censurada, "la cabida de las zonas entregadas al demandante y el número de árboles (sic) en las mismas, no ostentan papel decisivo ".

Acertó también el *a-quo* al denegar el reconocimiento indemnizatorio por los perjuicios morales impetrado por el actor, pues éste, no obstante su condición de persona natural, no demostró la trascendencia sicológica o afectiva que el incumplimiento de la administración en él hubiera generado. La labor probatoria en punto de perjuicios se centró, antes que en los de orden moral, en la comprobación de los materiales.

Sobre los perjuicios materiales considera la Sala que en el proceso se dan los elementos suficientes para su reconocimiento. No obstante que los dictámenes recibidos durante el proceso, si bien, orientaron correctamente el fundamento de los perjuicios, al momento de concretar los numéricamente acudieron a sumas, conceptos y porcentajes ajenos a la realidad contractual, lo que originó desfases y equivocaciones que no permitieron al Tribunal acogerlos en su momento como base económica de la condena, ni sirven a tal finalidad en esta instancia.

Para la Sala el perjuicio material por el incumplimiento del contrato, deberá calcularse con fundamento en las pretensiones contractuales del demandante, quien tomó en consideración un 15% por A.I.U., descompuesto así: por Administración: 5% por Imprevistos: 5% y, por Utilidad: 5%, factor este último que se refiere a las ganancias que razonablemente esperaba percibir por la ejecución de las obras convenidas . Así obra en la propuesta formulada por el hoy demandante.

Ahora bien, según su propuesta, el valor total del contrato era de $11.508.580 (Fl. 25), y por esta suma se suscribió el documento contractual. De la cantidad anterior se descontarán los pagos correspondientes a las Actas No. 1 ($ 733.885.07) y No. 2 ($274.275.63), es decir, la suma de $ 1.008.160.7 y sobre la diferencia, que equivale al saldo dejado de percibir por el actor, ($ 10.500.389.93) se liquida el rubro de utilidad equivalente al 5 % , es decir, $525.019.49, los que actualizados desde la fecha de suspensión de labores hasta la de esta providencia, corresponden al valor de los perjuicios materiales inferiores al demandante. La suma de $525.019.49 devengará intereses legales del 6% anual por el mismo lapso.

Para calcular los intereses se utiliza la fórmula:

$$I = \frac{c \times t \times r}{100}$$

donde c, es el capital ($ 525.019.49); t, es el tiempo (71 meses), y r, la rata de interés (6%) anual.

$$I = \frac{525.019.49 \times 71 \times 6}{12 \times 100} = 186.381.91$$

Para actualizar la suma reconocida como indemnización por los perjuicios materiales inferidos al demandante, se aplica la fórmula

$$Vp = Vh \frac{\text{Indice Final}}{\text{Indice Inicial}}$$

donde :Vp es el valor presente; Vh, corresponde al valor histórico o inicial ($ 525.019.49); Indice Inicial, el correspondiente a octubre de 1.986 (61.29) ; e Indice Final , el vigente a la fecha de esta providencia (256.25) de acuerdo con la información suministrada por el DANE .

$$Vp = 525.019.49 \frac{256.25}{61.29} = \$2.195.076.59$$

Valor total de la condena : $2.381.458.50

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

FALLA:

PRIMERO : CONFIRMANSE los ordinales 1o. y 3o. de la sentencia apelada es decir, la dictada el 3 de mayo de 1.991 , por la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Antioquia.

SEGUNDO: Modifícase el ordinal 2o. de la sentencia apelada, el cual queda así :

2o.- Como consecuencia de la anterior declaración, se condena a las Empresas Públicas de Medellín a pagarle al señor Germán Rodríguez Mora, por concepto de perjuicios materiales, la cantidad de dos millones trescientos ochenta y un mil cuatrocientos cincuenta y ocho pesos con 50/100 ($2.381.458.50) moneda legal.

TERCERO: Dese cumplimiento a los artículos 176 y 177 del C.C.A., para lo cual se expedirán copias de las sentencias, con constancia de su ejecutoria , con destino a las partes, haciendo las precisiones del artículo 115 del C. de P. C.

COPIESE, NOTIFIQUESE, CUMPLASE y DEVUELVASE .

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha, diecisiete (17) de Septiembre de mil novecientos noventa y dos (1.992) .

Daniel Suárez Hernández, Presidente de la Sala; *Carlos Betancur Jaramillo, Juan de Dios Montes Hernández, Julio Cesar Uribe Acosta,*

Ruth Stella Correa Palacio. Secretaria.

FALLA DEL SERVICIO PRESUNTA - Arma Oficial

La conducta del agente oficial resulta totalmente imprudente, precipitada y desproporcionada, pues tuvo oportunidad de observar que se trataba de una persona semidesnuda y desarmada que se desplazaba a pie, circunstancias que hacían improbable que pudiera burlar la acción policial; de otra parte, el número de agentes comprometidos en la operación permite deducir que el sometimiento no resultaba difícil.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera .

Santafé de Bogotá, D.C., Setiembre diecisiete (17) de mil novecientos noventa y dos (1992)

Consejero Ponente : *Doctor Juan de Dios Montes Hernández*

Referencia: Expediente N°. 6838. Actor : José Rubiel Londoño B. y otros.

Resuelve la Sala el grado de consulta de la sentencia que profirió el Tribunal administrativo del Quindío, el 6 de mayo de 1991, por medio de la cual adoptó las siguientes decisiones:

"1. Declárase a la Nación Colombiana (Ministerio de Defensa - Policía Nacional-), administrativamente responsable de los daños y perjuicios morales, ocasionados a LETICIA o MARIA LETICIA BETANCOURT (madre) y a JOSE RUBIEL LONDOÑO BETANCOURT (hijo lesionado), así como de los perjuicios materiales ocasionados al segundo,

con las lesiones que sufriera el nombrado JOSE RUBIEL LONDOÑO BETANCOURT el 11 de abril /89, como consecuencia del disparo que le propinó el dragoneante JOSE AGUSTIN ROA CRUZ, con una carabina de dotación oficial.

"2. Consecuencialmente se condena a la Nación Colombiana (Ministerio de Defensa - Policía Nacional-) a pagarle a JOSE RUBIEL LONDOÑO BETANCOURT y a LETICIA o MARIA LETICIA BETANCOURT el equivalente en pesos a un mil (1.000) gramos de oro para cada uno, de acuerdo con la certificación que sobre el precio del metal, expida el Banco de la República en la fecha de ejecutoria de esta sentencia .

"3. Deniégase el pago de los perjuicios morales solicitados para JORGE ELIECER LONDOÑO B., por las razones expuestas en los considerandos de esta providencia.

"4. Deniéganse igualmente el pago de los perjuicios materiales solicitados por concepto de DAÑO EMERGENTE, por las razones expuestas en las consideraciones de esta providencia.

"5. Condénase a la Nación Colombiana (Ministerio de Defensa - Policía Nacional -) a pagar a JOSE RUBIEL LONDOÑO BETANCOURT los daños y perjuicios materiales que se le causaron en la modalidad de lucro cesante, por el período vencido o consolidado, los cuales se liquidarán siguiendo el trámite incidental y con sujeción a las pautas fijadas en esta sentencia.

"6. Condénase a la Nación Colombiana (Ministerio de Defensa - Policía Nacional-) a pagar a JOSE RUBIEL LONDOÑO BETANCOURT los daños y perjuicios materiales que se le causaron en la modalidad de lucro cesante, por el período futuro, los cuales se liquidarán siguiendo para ello trámite incidental y de acuerdo con las pautas fijadas en esta providencia.

"7. Las sumas de dinero que aquí se ordena pagar serán actualizadas de acuerdo con las pautas señaladas en esta sentencia y devengarán intereses comerciales durante el término de los seis (6) meses siguientes a la ejecutoria y moratorios después de esa fecha.

"8. Sin costas en esta instancia.

"9. Si no fuere apelada esta sentencia consúltese con el superior.

"10. En firme esta providencia, háganse las comunicaciones del caso para su efectivo cumplimiento ". (fls. 49 a 51 C. Principal).

ANTECEDENTES PROCESALES

1. *La demanda.* El 18 de abril de 1990, mediante apoderado legalmente constituido y en ejercicio de la acción de reparación directa que consagra el artículo 86 del C.C.A., presentaron demanda en contra de la Nación - Ministerio de Defensa - Policía Nacional, las siguientes personas: JOSE RUBIEL LONDOÑO BETANCOURT, JORGE ELIECER LONDOÑO BETANCOURT y LETICIA o MARIA LETICIA BETANCOURT, quienes solicitaron se la declarase responsable de los daños morales y materiales que les ocasionó las lesiones de que fue víctima JOSE RUBIEL LONDOÑO, en hechos protagonizados por el Dragoneante de la Policía Nacional JOSE AGUSTIN ROA CRUZ, ocurridos el 11 de abril de 1989 en un sector del barrio los Naranjos, de la ciudad de Armenia en el Departamento del Quindío.

Consecuencialmente reclaman el pago de las indemnizaciones siguientes: a) Por perjuicios morales subjetivos, la suma equivalente en pesos colombianos a 1.000 gramos de oro fino, para cada uno de los demandantes; y b) los perjuicios materiales actualizados que le fueron causados al lesionado previa tasación por los peritos, y los intereses previstos en el artículo 177 del C.C.A.

Los demandantes, hicieron consistir la *causa petendi* en los siguientes hechos:

"1.) José Rubiel Londoño Betancourt es ciudadano mayor de edad, domiciliado y residente en esta capital en el Barrio Santa Rita , manzana 17 Casa 3, de profesión ayudante de construcción, hijo de Obdulio Londoño y Leticia o María Leticia Betancourt.

"2) José Rubiel Londoño B., ha padecido de trastorno mental transitorio; es decir, que por épocas sufre alguna perturbación no definida científicamente, de poca duración, que no le ha impedido desempeñar una actividad económica para subsistir, como es la de trabajador asalariado en el ramo de la construcción - ayudante - que cumplía hasta el 11 de abril de 1989 en Armenia.

"3) En esta fecha, a raíz de su anomalía síquica, su señora madre tomó la decisión de conducirlo a la fuerza a un centro de salud mental valiéndose para ello del concurso de la policía que cerca del barrio contaba con un puesto.

"4) Fue así como a solicitud de doña Leticia o María Leticia Betancourt se desplazaron hasta su residencia los uniformados EVER GARCIA MONCADA y ANGEL MARIA GRAJALES GONZALEZ; pero José Rubiel advirtió su presencia y huyó corriendo hacia una urbanización cercana perseguido de cerca por los Agentes.

"5) Coincidencialmente transitaba por el sector una patrulla montada de carabineros, cuyos integrantes decidieron unirse a los perseguidores sin indagar de qué se trataba. Uno de ellos, el Dragoneante JOSE AGUSTIN ROA CRUZ, no encontró medio más expedito para alcanzar al fugitivo que el de usar el arma de fuego de dotación oficial, disparándola por más de una ocasión: Uno de los proyectiles dio en la humanidad de Londoño Betancourt, exactamente en su pierna izquierda, logrando aquel así su propósito de detenerlo físicamente:

"6) La conducta del dragoneante fue injustificada porque no perseguía a ningún criminal; no dio voces de alto; por el número de perseguidores, algunos de a caballo, se hacía improbable la fuga definitiva; el procedimiento violó no solamente los reglamentos de policía, sino también toda elemental norma de prudencia. De esta manera no se arresta a las personas, menos a las desarmadas, y lo que es peor, sin interrogar a sus compañeros (teniendo ocasión de hacerlo) sobre el asunto que se trataba.

"7) JOSE AGUSTIN ROA CRUZ se identifica con la cédula Nº 4.930.721 expedida en Pitalito Huila; pertenece a la Policía Nacional de Colombia, pues fue nombrado Agente Alumno mediante Resolución No. 04109 de 17 de octubre de 1961, emanada de la Dirección General de dicha arma, y se posesionó legalmente ante funcionario competente según Acta No. 03096 de 2 de noviembre de 1961. La placa que le asignó la Institución fue la No. 56714.

8) El artefacto que portaba el Dragoneante es de dotación oficial. Se trata de una carabina Punto 30, No. 3159163. Con ella causó la grave lesión al demandante José Rubiel Londoño Betancourt al dispararle intencionalmente por varias ocasiones, en una de las cuales dio en el blanco.

9) Los médicos que examinaron al lesionado le fijaron una incapacidad definitiva de NOVENTA (90) DIAS y como consecuencia o secuela una perturbación funcional del órgano de la marcha de carácter permanente.

"10) La lesión producida por proyectil de arma de fuego, accionada por el dragoneante de la Policía JOSE AGUSTIN ROA CRUZ, consistió en fractura de la tibia y el peroné de la pierna izquierda, pues el proyectil entró por la cara tibial lateral en el tercio superior y salió por la rodilla.

11) Como se acreditará, el Dragoneante Roa Cruz, para el día 11 de abril de 1989 a las 2 y 30 de la tarde aproximadamente, en que ocurrió el hecho lesivo, se encontraba desempeñando funciones oficiales y estaba legalmente destinado al Departamento de Policía Quindío, ciudad de Armenia, propiamente en la Subestación Tres Esquinas.

"12) El hecho quedó impune por cuanto la Justicia Penal Militar reconoció en el actuar de Roa Cruz la fuerza mayor o el caso fortuito (sin especificar cuál de las dos figuras, como si fueran la misma), excluyentes de la culpabilidad conforme a la ley punitiva; decisión que repugna y contradice la prueba en el proceso que tramitó esa Jurisdicción.

"13) En tal actuación, que cumplió el Juzgado Ochenta y Uno de Instrucción Penal Militar de Armenia, se obtuvo CONFESIÓN, con valor de plena prueba contra la Nación en virtud de la solidaridad de la obligación, que realizó el autor del hecho, aunque calificándola con el argumento de que el arma se le disparó accidentalmente.

"14) El Estado Colombiano debe responder por el hecho de su agente José Agustín Roa Cruz, indemnizando al lesionado todo perjuicio material y moral, lo mismo que a los ofendidos indirectos Leticia o María Leticia Betancourt y Jorge Eliecer Londoño Betancourt, madre y hermano respectivamente, a quienes sostenía económicamente y que , por tanto, han sufrido las consecuencias del daño irrogado a José Rubiel Londoño Betancourt.

"15) El monto de tales perjuicios deberá concretarse a los siguientes : a- MATERIALES. José Rubiel Londoño Betancourt derivaba su subsistencia y la de su familia del oficio habitual de ayudante de construcción desde hacía varios años. Al momento de ocurrirle el hecho lesivo de su integridad corporal se encontraba laborando en una obra de remodelación de inmueble urbano que cumplía LEON JAIRO LONDOÑO CORREA, maestro en el ramo de la construcción, con matrícula N° 106 del Consejo Seccional de Ingeniería de Manizales, bien localizado en la Avenida de las Américas N° 34-46, propiedad de Leonel Londoño.

"16) José Rubiel Londoño Betancourt devengaba como dependiente del señor Londoño Correa, el salario mínimo fijado por el Gobierno Nacional para el año de 1989, o sea la suma de $32.559.60 (Decreto 2662 de diciembre 24 de 1988), más subsidio de transporte que era la suma de $3.062.50,para un total de $35.622,10.

"Como estuvo incapacitado para trabajar noventa (90) días, le corresponde por ese tiempo $106.866,30.

"17) Consecuencia de la lesión fue la pérdida definitiva del trabajo, bien escaso por cierto en Colombia por la crisis permanente que vivimos. La secuela le impidió desempeñar su oficio habitual: la limitación en su pierna izquierda conque quedó Londoño Betancourt no solamente implica perturbación en su marcha sino también que en la labor de construcción por obvias y naturales razones (tiene que agacharse, subir andamios y

escaleras, etc.) no resulta apto el limitado físicamente; de tal suerte que una persona con la anormalidad que presenta en tan esencial medio de locomoción, no puede desempeñarse con eficiencia, además de que se constituye en un riesgo grave para el trabajador por la posibilidad de accidentes; lo mismo que para el patrono que tendría que pagar las indemnizaciones sobrevivientes". (fls. 5 a 12 del cuaderno principal).

2. *Trámite de la primera instancia.* El *a-quo* dio curso a la demanda (fl. 23) y notificó el auto admisorio a la Nación - Ministerio de Defensa-, la cual constituyó apoderado para que la representara en el juicio (fl. 24); solicitó de manera extemporánea, la práctica de algunas pruebas razón por la cual la petición no pudo ser considerada (fl. 11 C. 2).

Las pruebas solicitadas por la parte actora fueron decretadas siendo regular y oportunamente allegadas a la actuación (fls. 1 a 3 C. 3).

Vencido el término probatorio se dio traslado a las partes y al Ministerio Público; aquéllas para que alegaran de conclusión y éste para que rindiera su concepto de fondo (fl. 29); las partes guardaron silencio.

El Fiscal del Tribunal manifiesta que deben acogerse las súplicas de la demanda. Esta conclusión esta precedida del siguiente análisis:

"....es evidente por cuanto así se estableció dentro del plenario, que el AGENTE DE LA POLICIA, al ir a prestar el apoyo a su compañero para la captura del hoy demandante, irresponsablemente tenía la carabina , arma de dotación oficial, cargada y desasegurada, según manifestación del mismo implicado y al dar la vuelta y emprender la persecución del demandante, se enredó la bestia y tambaleó, consiguiendo por lo tanto que el jinete entrara en apuros y con el fin de no dejarse caer del caballo, maniobró en tal forma, que según la propia versión del Policial, empuñó en tal forma la carabina que ésta se disparó y fue a dar contra el miembro inferior izquierdo del demandante, destrozándole la rodilla; en nuestra consideración, se presentó la FALLA en el servicio, por el hecho por demás peligroso e irresponsable del carabinero de llevar desasegurada y cargada la carabina en un patrullaje de rutina y sin los peligros de ataque y total alerta, como para que tuviera a punto de disparo cualquier objetivo; además, el hecho de cabalgar con un arma lista a responder cualquier ataque, hace extremadamente peligroso al carabinero, por cuanto la sensibilidad de dichas armas ameritan las precauciones y cuidados que los reglamentos les exigen.

"El hecho de que la conducta se haya calificado como caso fortuito y que se haya ordenado cese de todo procedimiento contra el inculpado, no significa que la responsabilidad extracontractual que le cupiere al Estado por la torpeza de su Agente al maniobrar la carabina sin las

precauciones del caso, se diluya y se exonere de responsabilidad al Estado, no , porque el suceso devino del mismo servicio. El hecho lo propició el Agente carabinero, dentro de su tiempo de servicio y con la carabina , arma de dotación oficial." (fl . 33).

La indemnización debe fijarse , según él, en consonancia con las pruebas del proceso y no según las expectativas, de la parte actora. (fls. 31 a 35).

3. *El fallo consultado*. El *a-quo* adoptó las decisiones que se dejaron copiadas al principio de esta providencia después de realizar un examen amplio y detallado de los distintos aspectos objeto de la controversia.

En primer lugar, de los certificados de registro de matrimonio y de nacimiento concluye que está debidamente acreditada la legitimación en la causa por activa; igualmente infiere que el contradictorio por pasiva se halla regularmente integrado en atención a que la demanda fue correctamente dirigida en contra de la Nación, representada para este caso por el Ministro de Defensa a quien se vinculó en legal forma al proceso.

En segundo término, y luego de evaluar las pruebas con sometimiento a las reglas de la sana crítica, el Tribunal concluye que en el asunto *sub- lite*, se hallan configurados los elementos necesarios para comprometer la responsabilidad patrimonial del Estado y que, por tanto, las pretensiones están llamadas a prosperar. Destaca que de la investigación penal se concluye que JOSE AGUSTIN ROA CRUZ, Dragoneante de la Policía Nacional, con su arma de dotación oficial y en labores propias del servicio lesionó a JOSE RUBIEL LONDOÑO B. produciéndole "graves daños y secuelas de carácter permanente, que configuran el primer elemento, necesario para que pueda configurarse la responsabilidad de la Administración".

Con apoyo en la jurisprudencia del Consejo de Estado, el *a-quo* deduce la responsabilidad de la administración con aplicación del régimen de la falla o falta presunta del servicio, respecto de lo cual hace las reflexiones siguientes:

"Para la Sala no hay duda de que JOSE RUBIEL LONDOÑO B. fue lesionado por el Dragoneante JOSE AGUSTIN ROA CRUZ, placa 56714, con su arma de dotación oficial, una carabina M1, punto 30 #3159163 y durante la prestación de un servicio policial, tal como se afirma en el escrito de demanda y según se desprende de las pruebas practicadas. En efecto, en el cuaderno #3 aparece en el oficio 139 (folio 10) un informe del Comandante del Departamento de Policía Quindío, Juez de Primera instancia, acerca de los hechos de este proceso, remitiendo las fotocopias del proceso penal militar seguido al dragoneante y en el que se lee:

"Igualmente me permito cuantificar que el DG. JOSE AGUSTIN ROA CRUZ para el día once (11) de abril de mil novecientos ochenta y nueve (1989), se encontraba de servicio en la Sub estación de Policía Tres Esquinas e informe mediante oficio al Comando de los servicios especializados un caso ocurrido a las 13:30 horas en el barrio Santa Rita, cuando al resbalar un caballo se disparó su carabina hiriendo al señor JOSE RUBIEL LONDOÑO BETANCOURT en la rodilla izquierda, el cual era perseguido por una patrulla policial a fin de ser llevado al hospital siquiátrico de Filandia".'

"Así mismo se le recibió declaración a los agentes HERBERT GARCIA MONCADA y ANGEL MARIA GRAJALES G. (folios 101 y 102 del cuaderno Nº 3), quienes corroboran lo dicho por el Comandante de Policía Quindío en el informe prescrito, y JOSE AGUSTIN ROA CRUZ, en el informe que se presentó el 11 de abril /89 al Comandante de Servicios Especializados, acepta la ocurrencia de esos hechos en la forma anotada (folio 22, cuaderno Nº3).

"Como los declarantes en forma unánime afirman que la lesión sufrida por JOSE RUBIEL LONDOÑO BETANCOURT fue ocasionado por el Dragoneante JOSE AGUSTIN ROA CRUZ con arma y cartuchos de dotación oficial y en desarrollo de un procedimiento policial, la Sala estima innecesario estudiar la posible 'falla del servicio' porque a la luz de la jurisprudencia del Consejo de Estado (Sentencia 995 de julio 31/ 89. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente : Dr. Antonio J. de Irisarri Restrepo. Exp. 2582):

"Se presenta así, la existencia del nexo instrumental mediante el cual el servicio colocó al agente en posibilidad de causar el perjuicio. Este nexo, sería por sí solo suficiente para declarar la responsabilidad de la administración, habida consideración de la peligrosidad extrema que tales instrumentos conllevan.

"...

"' Puede entonces afirmar la Sala que la prueba de la falla del servicio, cuando se trata de perjuicios causados con arma de dotación oficial, no es necesaria para comprometer la responsabilidad de la Nación, siempre y cuando, obviamente, se haya probado el hecho dañoso y su relación causal con el perjuicio.

"'...

"'Cuando se prueba que el nexo instrumental (arma) con el cual se ha causado un perjuicio, era de dotación oficial, se presume que el perjuicio es debido a una falla en la prestación del servicio. Por ello, entiende la

Sala que frente a este tipo de perjuicios , el régimen aplicable es de denominado de la falla del servicio presunta'.

"Por lo analizado hasta este momento, estima la Sala que el régimen de responsabilidad aplicable al caso presente es como lo dice el Honorable Consejo de Estado, el de la falla del servicio presunta, en el cual los actores deben probar solo el hecho dañoso y su relación causal con el perjuicio, elementos que como ya se dijo aparecen acreditados con los testimonios recepcionados en este proceso que son ratificación de los recepcionados en el proceso penal militar seguido al dragoneante Roa Cruz, pruebas de las cuales se colige, sin lugar a dudas, que hubo un daño ocasionado por un hecho de la administración.

"Establecida la falla presunta del servicio, puede la administración desvirtuar tal presunción, probando que el actuar administrativo fue de tal manera prudente y diligente, que el perjuicio causado con el arma de dotación oficial no puede imputársele a título de falta suya, o que medió fuerza mayor, o culpa exclusiva de la víctima o del hecho de un tercero, ajeno al servicio mismo; pero ninguna de estas hipótesis aparece probada dentro del proceso, entre otras cosas porque la administración estuvo ausente del mismo, ya que no contestó la demanda, ni participó en la práctica de las pruebas, ni siquiera presentó un alegato de conclusión". (fls. 40 a 41 del cuaderno principal).

Según la declaración de la Jurisdicción Penal Militar, la tragedia se debió a CASO FORTUITO, circunstancia que no exonera de responsabilidad a la administración la cual, de todas maneras, debe resarcir el perjuicio ya que resulta imposible determinar la forma exacta como se produjo el daño y, por tanto, se mantiene la presunción que contra ella pesa.

El *a-quo* reconoció los perjuicios morales que reclaman el lesionado y su señora madre según consideraciones:

"....la madre del lesionado, es la persona que le ha tocado sufrir, lidiar y atender a su hijo en la enfermedad, convalecencia y posterior invalidez, porque según jurisprudencia reiterada del Honorable Consejo de Estado, entre padres e hijos se presume la existencia de los perjuicios morales frente a las desgracias y dolores físicos de alguno de ellos , por el solo hecho del parentesco existente que implica estrechos lazos de amor, afecto y comunión espiritual que hacen incuestionable el dolor sufrido por la madre y en cuanto a JOSE RUBIEL, de acuerdo con su género de vida, la situación de invalidez a la que quedó reducido como secuela de la lesión sufrida y el dolor físico que la misma implica , según se desprende del peritazgo médico que establece como secuela 'escoliosis dolorosa'; por todas estas circunstancias, el Tribunal no tiene objeción en reconocer el pago de la indemnización equivalente al valor en pesos

de un mil gramos oro, tanto para la madre como para el lesionado....;" (fl. 49 C. Principal).

En relación a la indemnización que por perjuicios morales solicita el hermano de la víctima, el fallador de primer grado estima que no hay lugar a su otorgamiento habida cuenta que no se probó la existencia de estrechos lazos de afecto fraternal y el dolor causado por la desgracia.

El Tribunal negó los perjuicios materiales que pidió el lesionado en la modalidad de daño emergente no solo porque no los demostró sino además porque en la demanda reconoce que para el tratamiento médico "se valió únicamente de la caridad del hospital público". En cambio, le otorgó, pero en abstracto por no conocerse el grado de la incapacidad laboral que le generaron las lesiones, los perjuicios materiales por concepto de lucro cesante; para su evaluación, ordenó tener en cuenta las condiciones de vida, laborales y económicas del lesionado en el momento de la ocurrencia del hecho dañoso, pautas que aparecen relacionadas a los folios 44 a 48 del C. principal.

4. *Los alegatos en el grado de consulta.* Dentro del término del traslado correspondiente las partes guardaron silencio.

Para la Señora Fiscal Segundo de la Corporación , doctora EDNE COHEN DAZA, la providencia del fallador de primer grado se debe confirmar; según ella, la responsabilidad de la administración en este evento se debe deducir con aplicación del régimen de la falla o falta probada del servicio. Al efecto expone:

"Las pruebas demuestran con certeza que un agente de la administración, durante la prestación del servicio y con su arma de dotación, ocasionó lesiones de índole personal de cierta gravedad al actor JOSE RUBIEL LONDOÑO BETANCOURT, configurándose indudablemente la falla del servicio, sin ser necesario declarar la responsabilidad del Estado al amparo del régimen de la falla del servicio presunta, por hallarse plenamente establecidos los tres elementos básicos exigidos para la consolidación de la falla del servicio propiamente dicha y no haberse acreditado la existencia de causal alguna eximente de responsabilidad.

"Con base en el planteamiento que antecede, la Fiscalía encuentra acorde con la responsabilidad a cargo de la administración, la condena decretada por el Tribunal por concepto de perjuicios morales a favor de JOSE RUBIEL LONDOÑO y su señora madre MARIA LETICIA BETANCOURT, la cual deberá ser confirmada. A igual conclusión llega la Fiscalía respecto a la condena por perjuicios materiales decretada por el Tribunal a favor del lesionado JOSE RUBIEL LONDOÑO, la que deberá hacerse efectiva con sujeción a los parámetros señalados en la sentencia y conforme al trámite señalado en los artículos 178 del C.C.A. y 308 del C. de P.C.

"La denegación de reconocimiento indemnizatorio por concepto de perjuicios morales a favor del hermano de la víctima, JORGE ELIECER LONDOÑO BETANCOURT, también la encuentra acertada esta Fiscalía, toda vez que, aunque en principio se acreditó dentro del proceso su legitimación en la causa por activa , mediante el respectivo registro civil de nacimiento, dicho documento no es suficiente para acreditar aspectos como son el afecto, la solidaridad y la ayuda mutua entre el lesionado y su hermano; como tampoco el grado de afección que en el titular del derecho pretendido pudieron haber producido las lesiones sufridas por JOSE RUBIEL LONDOÑO". (fls. 74 y 75 C. Principal).

LA SALA CONSIDERA

El fallo consultado será confirmado; la Sala comparte los planteamientos y conclusiones del *a-quo* relativos tanto a la responsabilidad de la administración como a los perjuicios reconocidos a los demandantes.

La realidad recogida en el proceso, a través de los diversos medios de convicción , acredita los siguientes hechos:

1. TOMAS OBDULIO LONDOÑO CARMONA y la demandante MARIA LETICIA BETANCOURT contrajeron matrimonio por los ritos de la Iglesia Católica, el 7 de mayo de 1961. De esa unión nacieron dos hijos legítimos : JORGE ELIECER LONDOÑO BETANCOURT, el 27 de marzo de 1962 y el lesionado JOSE RUBIEL LONDOÑO BETANCOURT, el 4 de junio de 1964 (fls. 4 a 6).

2. La víctima padece de transtornos mentales ocasionales, dolencia que no le ha impedido desempeñar algunas actividades como medio para subsistir; para cuando sufrió el daño se desempeñaba como ayudante en el ramo de la construcción y vivía con sus familiares más cercanos en el barrio Santa Rita de la ciudad de Armenia, Departamento de Quindío.

3. Para el 11 de abril de 1989 sufrió un ataque de tal entidad que su señora madre decidió llevarlo a un centro de salud para su tratamiento. Por las dificultades que supuso ese traslado pidió el concurso de la Policía Nacional en un puesto cercano. Para atender esa solicitud fueron enviados hasta su residencia los uniformados EVER GARCIA MONCADA y ANGEL MARIA GRAJALES; JOSE RUBIEL, al notar la presencia de la Policía, "huyó corriendo hacia una urbanización cercana perseguido de cerca por aquellos agentes".

Mientras esto sucedía, coincidencialmente, por el mismo sector transitaba una patrulla montada de carabineros cuyos integrantes se unieron a la persecución sin indagar de que se trataba; uno de estos últimos, JOSE AGUSTIN ROA CRUZ, sin dar las voces reglamentarias de alto, resolvió

que la manera más fácil de detener al fugitivo era usar su carabina punto 30 con la que disparó en varias ocasiones haciendo impacto en su pierna izquierda y produciéndole fractura de la tibia , del peroné y destrozos de la rótula.

Los médicos que atendieron al paciente le dictaminaron una incapacidad definitiva de 90 días y como secuelas permanentes señalaron: Escoliosis lumbar dolorosa, acortamiento en 5.5 ctros. de la pierna izquierda, contractura total de 160 grados o inmovilidad total de la rodilla izquierda y atrofia de Cuádriceps izquierdo en 4 ctrs., o sea perturbación funcional del órgano de la marcha de carácter permanente (fls.81 y 141 del C. 3).

La conducta del agente oficial resulta totalmente imprudente , precipitada y desproporcionada , pues tuvo oportunidad de observar que se trataba de una persona semidesnuda y desarmada que se desplazaba a pie, circunstancias que hacían improbable que pudiera burlar la acción policial; de otra parte , el número de agentes comprometidos en la operación permite deducir que el sometimiento no resultaba difícil.

En la indagatoria que rindió el victimario reconoce que sólo después de causar el daño vino a enterarse " que se trataba de un loco".

Las razones que lo condujeron a disparar sobre la víctima , se consignan en la misma diligencia , en la cual, ante la pregunta "Díganos las situaciones que usted dedujo al ver esta persona correr y luego un agente de la policía seguirlo? CONTESTO : La imaginación mía, fue que nada bueno había hecho, al ver que él iba a mayor velocidad, y un agente lo iba persiguiendo, esa fue la imaginación mía. Me imaginé que podía haber matado al compañero, le había podido robar el revólver a quien lo iba persiguiendo o hubiera hecho alguna cosa supremamente grave, porque para uno perseguir a un loco, tiene que haber algún motivo, es un loco muy peligroso, ha matado a alguien, como conocí un caso hace dos años, cuando me encontraba en el puesto de Regivit, de que en la jurisdicción de Regivit, en una vereda que le dicen Salvador Allende, una señora cuyo nombre no me recuerdo tenía un hijo por el mismo estilo de ese y ella había venido varias veces a la policía , para que lo retuvieran a ese muchacho porque se enloquecía mucho cuando fumaba y así fue como un día llegó perdido de los sentidos posiblemente y sentada cosiendo en una maquinita que tenía ahí llegó y la mató con un cuchillo, y ese muchacho se llamaba Salvador....." (fls. 37 a 49 C. 3).

Pese a lo visto, el agente decidió dar su propia versión de los hechos . En la indagatoria que llevaba la carabina colgada el hombro; cargada y desasegurada; y que, en la persecución , su caballo trastabilló haciéndole perder el equilibrio; agrega que en tales circunstancias y para evitar que la carabina cayera al suelo trató de asirla con la mano y "ahí fue donde se me disparó....".

4. En el proceso penal la Justicia Penal Militar aceptó que el insuceso se debió al "resbalón del caballo", fenómeno que calificó de caso fortuito y dispuso la cesación del procedimiento adelantado contra el sindicado (Fls. 82 a 98 C. 3).

Así las cosas y en rigor jurídico, en el proceso se hallan reunidos los supuestos axiológicos que permiten deducir válidamente la responsabilidad extracontractual de la administración.

La demanda no hizo ningún intento serio tendiente a demostrar la existencia de alguna causal exonerativa de su responsabilidad ; como bien lo precisa el *a-quo*, la jurisprudencia de la Corporación la deducido que , en casos como éste, la conducta de los agentes oficiales se halla sujeta a una doble regulación: A las disposiciones penales, si configura la comisión de un delito; y a la normatividad Constitucional y legal que establece la responsabilidad extracontractual del Estado si es constitutiva de una falla o culpa anónima de la administración.

En el régimen de responsabilidad por falla o falta presunta del servicio, a través del cual se debe resolver el asunto *sub-lite*, la dificultad de determinar las posibles causas del accidente carece de fuerza exonerativa de responsabilidad ; o sea que se mantiene incólume la presunción que obra en favor de la víctima de los daños causados con un elemento de suyo peligroso como son las armas oficiales.

Acreditada como se encuentra la situación fáctica que permite deducir la responsabilidad de la administración el Estado debe reparar el daño que reclaman los demandantes.

LA CONDENA

A. *Los perjuicios morales*. Conforme a la jurisprudencia actual de la Sala, los perjuicios de índole moral se presumen en la línea de parentesco de los padres, los hijos, los cónyuges entre sí y los colaterales hasta el segundo grado.

En tales condiciones, están acreditada la calidad que dijeron tener los demandantes favorecidos con el fallo y, en virtud de que para la cuantificación de los perjuicios se tuvo en cuenta los lineamientos trazados por la Corporación en esa materia, se confirmará la condena hecha por el Tribunal. El precio del gramo de oro, será el nacional que certifique el Banco de la República para la fecha de ejecutoria de esta providencia.

B. *Los Perjuicios materiales*. La prueba testimonial da cuenta que para la época del accidente JOSE RUBIEL LONDOÑO ejercía una actividad productiva y que como consecuencia del mismo perdió o vio disminuida substancialmente su capacidad laboral, por lo cual tiene derecho a los perjuicios materiales que le reconoció el Tribunal.

La liquidación de dichos perjuicios deberá ajustarse a los extremos y fórmulas siguientes:

a) Teniendo en cuenta la firmeza, precisión y calidad de sus fundamentos, así como la competencia de quienes lo elaboran y su concordancia con los demás medios probatorios, se acogerá el dictamen pericial rendido en el proceso que estimó en un 50% la pérdida de la capacidad productiva sufrida por la víctima.

b) El cálculo de la vida probable de la víctima se hará conforme a la demanda que la estimó en 44.18, cifra menor a las tablas aprobadas por la Superintendencia Bancaria que arrojan un total de 49.17 años.

c) La renta histórica es la correspondiente a la incapacidad productiva, esto es, al 50% de la asignación básica que tenía el lesionado para el insuceso que era de $34.285,50, o sea la suma de $17.142.75.

Los ingresos así establecidos se actualizarán mediante la fórmula:

$$V.P = \frac{vh \ \text{Indice final}}{\text{Indice Inicial}}$$

V.P es el valor que se busca .

vh. valor histórico de $17.142.75.

Los índices de precios al consumidor que lleva el DANE; el inicial será el de la fecha del insuceso o sea 111.40%; el final , el correspondiente a la fecha de este fallo, o sea a septiembre de 1992, de 256.25%.

$$V.P. = 17.142,75 \ \frac{256.25}{111.40} = 39.432,94$$

La indemnización comprende dos períodos: El primero vencido o consolidado que corre desde el 11 de abril de 1989 hasta la fecha de este fallo, para un total de 40.97 meses; el futuro o anticipado, se cuenta desde el 11 de septiembre de 1992 hasta el fin de la vida probable de la víctima una vez descontado el primer período, o sea de 489.10 meses.

Para estimar el valor de la indemnización debida o consolidada, se aplicará la fórmula:

$$S = Ra \frac{(1+0.004867)^n - 1}{0.004867}$$ y para la indemnización futura anticipada,

la fórmula será:

$$S = Ra \frac{(1 + 0.004867)^n - 1}{0.004867 (1 + 0.004867)^n},$$ en donde:

S = Será la suma o indemnización buscada

Ra- Son los ingresos actualizados

n = número de meses que se liquidan

i = interés técnico o puro del 6% anual ó de 0.4867 mensual ; como se trabaja con el 1, interés queda como 0.004867 mensual.

Hecha la conversión la indemnización quedará así:

a) Vencida o consolidada:

$$S = 39.432,94 \frac{(1 + 0.004867)^{40.97} - 1}{0.004867}$$

S= 1.783.120.oo

b) Futura o anticipada:

$$S = 39.432,94 \frac{(1 + 0.004867)^{489.19} - 1}{0.004867 (1+0.004867)^{489.19}}$$

S= 7.348.576.oo

En resumen, la liquidación por perjuicios materiales para JOSE RUBIEL LONDOÑO quedará en la suma de $9.131.696.oo

Las cantidades liquidadas por perjuicios morales y materiales, devengarán intereses comerciales durante los seis (6) meses siguientes a la ejecutoria de esta providencia y moratorios después de este término.

En mérito de lo expuesto, oído el concepto del Ministerio Público y de acuerdo con él, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera , administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMANSE los ordinales 1o. a 4o. y 7o. a 10o. de la sentencia consultada , dictado por el Tribunal Administrativo del Quindío el 6 de mayo de 1991.

SEGUNDO : MODIFICANSE los ordinales 5o. y 6o. del mismo fallo, los cuales quedarán así:

5o. Igualmente como consecuencia de la declaración hecha en el ordinal la Nación - Ministerio de Defensa - Policía Nacional, pagarán por concepto de perjuicios materiales a JOSE RUBIEL LONDOÑO BETANCOURT, ó a quien sus derechos represente, la suma de NUEVE MILLONES CIENTO TREINTA Y UN MIL SEIS CIENTOS NOVENTA Y SEIS PESOS M/CTE ($9.131.696.oo)

TERCERO: El precio del gramo de oro para el pago de la condena por perjuicios morales, será el interno para la fecha de ejecutoria de este fallo, que certificará el Banco de la República, documento que se deberá acompañar a la respectiva cuenta de cobro; las sumas así concretadas por perjuicios morales y materiales, devengarán intereses comerciales durante los seis (6) meses siguientes a la mencionada ejecutoria y moratorios después de ese término.

Dese cumplimiento a los artículos 176 y 177 del C.C.A para lo cual se expedirá copia íntegra de la sentencia con constancia de su ejecutoria con destino al Ministerio de Defensa y a la parte actora (Art. 115 del C. de P. C.).

Cópiese , notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de fecha diez y siete (17) de septiembre de mil novecientos noventa y dos (1992).

Daniel Suárez Hernández , Presidente de la Sala ; *Juan de Dios Montes Hernández, Carlos Betancur Jaramillo , Julio César Acosta.*

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

FALLA DEL SERVICIO DE TRANSITO/ RESPONSABILIDAD OBJETIVA

Las experiencias vividas con anterioridad al insuceso han debido llevar al centro de imputación jurídica demandado a construir las obras de drenaje suficientes para prevenir la tragedia, pues las que existían se habían mostrado insuficientes. La discusión sobre quién debía construir un puente de gran capacidad, esto es, si el Ministerio de Obras Públicas o el Himat, carece de sentido; quien prestaba el servicio en la vía era el primero, y, por lo mismo, estaba en la obligación de hacerlo dentro de las mejores condiciones de seguridad. Cuando la autoridad pública autoriza, sin restricciones, la circulación por carreteras y avenidas, y, en general, por las vías públicas, está extendiendo un cheque de confianza a los particulares, el cual es correspondido también con confianza. El funcionamiento anormal del servicio genera responsabilidad objetiva, y, por lo mismo corresponde al demandado acreditar que el hecho se causó por fuerza mayor, culpa exclusiva de la víctima o el hecho de un tercero.

LUCRO CESANTE / PRESUNCION DE HOMBRE/PERJUICIOS MATERIALES.

Aunque el occiso no trabajara en el momento de su muerte, la Sala tiene fijadas pautas jurisprudenciales en el sentido de que esta circunstancia no tiene por qué prolongarse por todo el futuro, pues en presunción de hombre puede concluirse que, en un determinado momento, en el tiempo físico, obtendría empleo.

También debe presumirse el cumplimiento de los deberes jurídicos que el padre tenía para con su esposa e hijo, en el sentido de proporcionarles lo necesario para su congrua subsistencia.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.

Santafé de Bogotá, D.C., septiembre diecisiete (17) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente : *Doctor Julio César Uribe Acosta.*

Referencia: Expediente Nro. 7094 Actor : Sara Ordóñez de Ibarra y Otros.

Demandado : La Nación - Ministerio de Obras Públicas y Transporte - Fondo Vial Nacional y Otros.

-I-

Agotada la tramitación procesal de ley, sin que se observe causal de nulidad que vicie la actuación, procede la Sala a desatar el recurso de apelación interpuesto por los apoderados de ambas partes, contra la sentencia calendada el día veintiocho (28) de agosto de mil novecientos noventa y uno (1.991), proferida por el Tribunal Administrativo del Magdalena, que en su parte resolutiva, DISPUSO:

" 1o.) Declárase a la Nación Colombiana - Ministerio de Obras Públicas y Transporte, y al Instituto Colombiano de Hidrología, Meteorología (sic) y Adecuación de Tierras (HIMAT), administrativamente responsables, en forma solidaria, de la muerte de los señores Julio César Ibarra Sepúlveda y Rigoberto López Julio, ocurridas el día 29 de octubre de 1.987 en el accidente que se produjo en el Kilómetro 16+500 de la carretera Fundación- La Ye de Ciénaga, Corregimiento de Tucurinca, Municipio de Ciénaga.

"2o.) En consecuencia, condénase a la Nación Colombiana Ministerio de Obras Públicas y Transporte, y al Instituto Colombiano de Hidrología, Meteorología (sic) y Adecuación de Tierras (HIMAT), a pagar en forma solidaria por concepto de perjuicios morales a los demandantes, las siguientes sumas:

"A cada una de las señoras Sara Ordónez de Ibarra y Luz Marina Romero Quiroz, la suma equivalente a un mil (1.000) gramos de oro, al precio que certifique el Banco de la República a la fecha de ejecutoria de este fallo.

"A cada uno de los menores Tatiana Elena Ibarra Ordóñez, Elga Mariela Ibarra Ordóñez, Yesenia María Ibarra Ordóñez, Edwin Enrique Romero, Rigoberto López Romero y Javier López Romero, la suma equivalente

a quinientos (500) gramos de oro, al precio que certifique el Banco de la República a la fecha de ejecutoria de esta sentencia.

"3o.) Condénase igualmente, a la Nación Colombiana - Ministerio de Obras Públicas y Transporte, y al Instituto Colombiano de Hidrología, Meteorología (sic) y Adecuación de Tierras (HIMAT), en forma solidaria, a pagar en abstracto a la señora Sara Ordóñez de Ibarra, y a sus menores hijas Tatiana Elena Ibarra Ordóñez, Elga Mariela Ibarra Ordóñez y Yesenia María Ibarra Ordóñez por concepto de perjuicios materiales, las sumas que resulten luego del incidente de regulación de perjuicios, el que se promoverá dentro de los dos meses siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, conforme a las pautas señaladas en sus considerandos.

"4o.) Niéganse las demás pretensiones de la demanda.

"5o.) A este fallo se dará cumplimiento en los términos de los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

"6o.) Si no es apelada consúltese este sentencia. ". (fls. 175; 177 Cdno No. 1).

Para la mejor comprensión jurídica de todas las circunstancias legales, generales y particulares del caso, se transcribe a continuación lo pertinente del fallo, en el cual se razona judicialmente dentro del siguiente temperamento:

"Las señoras SARA ORDOÑEZ DE IBARRA y LUZ MARINA ROMERO QUIROZ, en sus propios nombres y en el de sus menores hijos, presentaron demanda por medio de apoderado, en ejercicio de la acción de reparación directa y cumplimiento, contra la Nación, Ministerio de Obras Públicas y Transporte, el Fondo Vial Nacional y el Instituto de Hidrología, Meteorología (sic) y Adecuación de Tierras, HIMAT, la que debidamente tramitada y sin motivo de nulidad que afecte su validez, se procede a decidir.

"PRETENSIONES

"Persiguen los actores se profieran las siguientes declaraciones y condenas:

"1) Que las entidades demandadas son responsables de los graves perjuicios morales y materiales sufridos por los demandantes con ocasión de la muerte de sus esposos y padres señores Julio César Ibarra Sepúlveda y Rigoberto López Julio, respectivamente ocurrida el día 29 de octubre de 1.987 en el accidente acaecido en el Municipio de Ciénaga (magd.), Corregimiento de Tucurinca , Kilómetro 16+500 de la vía Fundación - Ye de Ciénaga, y que se relata en los hechos de la demanda.

"2) Que como consecuencia de lo anterior, las demandadas deben pagar a los demandantes los perjuicios morales a razón del valor de 1.000 gramos de oro puro a la fecha de ejecución de la sentencia, según certificación que expida el Banco de la República, para cada uno de ellos.

"3) Que las demandadas están obligadas a pagar a los demandantes los perjuicios materiales según resulte de la liquidación que se haga conforme a los artículos 307 y 308 del C. del P. C., luego de la condena en abstracto que determine la existencia de perjuicios causados a las actoras Sara Ordóñez de Ibarra cónyuge supérstite de Julio César Ibarra Sepúlveda, padre legítimo de Tatiana Elena, Elga Mariela y Yesenia María; y Luz Marina Romero Quiroz, cónyuge supérstite de Rigoberto López Julio, padre legítimo de los menores Edwin Enrique, Rigoberto y Javier, y quienes al fallecer tenían 36 y 27 años de edad, respectivamente, y percibían ingresos mensuales así: Ibarra Sepúlveda por la suma de $528.666.oo m/l., y López Julio estaba pendiente de un contrato al momento de su muerte que le produciría la suma de $50.000.oo mensuales.

"HECHOS

"Se refieren estos a una obra de drenaje por la que pasa el "Canal Tucurinca Viejo ", obra localizada en el Corregimiento de Tucurinca , Municipio de Ciénaga (Magdalena), en el Kilómetro 16+500 de la carretera Fundación - Ye de ciénaga, y que se conoce, a la obra, con el nombre de Puente o Boxcubert (sic) , y por cuyo normal funcionamiento y eficiencia hidráulica permanente, para el cabal funcionamiento de la carretera y el correcto servicio de riego, deben velar la Nación - Ministerio de Obras Públicas y Transporte del Fondo Vial Nacional y el Instituto Colombiano de Hidrología, Meteorología (sic) y Adecuación de Tierras - HIMAT.

"No obstante, la obra presenta muchas fallas.

"Se hace mención en los hechos a los caudales de agua que deben pasar por esa obra de drenaje, sobre todo en épocas de invierno, caudales que son superiores a la capacidad de la misma . Por tanto esta es insuficiente, además de que desde el punto de vista técnico no es la apropiada para el tipo de tuberías utilizada. De su mal funcionamiento han tenido conocimiento las entidades responsables de la obra, así como de todos los peligros que crean en la carretera y en el Distrito de Riego Prado de Sevilla.

"Debido a esas fallas fue como el día 29 de octubre de 1.987, con ocasión del fuerte invierno que todos los años azota la región, el fenómeno

que todos los años se da entre los kilómetros 16 y 17 de la vía Fundación-Ye de Ciénaga, se presentó otra vez, a las 4:30 A.M de ese día, por efectos del represamiento del "Canal Tucurinca Viejo" con el consiguiente desbordamiento a lo largo de la vía en ese sector, principalmente donde pasa ese canal que es donde comienza la gran laguna que se forma ; las aguas contenidas se llevaron la mitad del terraplén de carretera que se hallaba encima de las dos alcantarillas que constituyen la obra de drenaje antes mencionada. Entonces, donde debía estar el terraplen de carretera, ese día y a esa hora, había un enorme hueco que abarcaba toda la parte derecha en sentido norte- sur de la vía , una terrible trampa mortal cubierta por las aguas.

"Fue en ese hueco donde se precipitó la camioneta chevrolet Luv con los señores Julio César Ibarra Sepúlveda y Rigoberto López Julio, conducida por le primero, y otro señor que iba en la parte de atrás, al cual lo sacó la corriente y se lo llevó río abajo. Instantes después cayó en el mismo hueco la tracto mula Mack de placas XI-1138 roja, afiliada a la Cooperativa Alianza Continental que la conducía Jaime Valderrama. La tracto mula con sus 30 toneladas de chatarra cayó sobre la camioneta y la aplastó junto con sus ocupantes.

"La camioneta Luv iba de Barranquilla a Valledupar y llevaba cientos de ejemplares de los diarios "Del Caribe" y "El Tiempo".

"Todo lo anterior ocurrió el día 29 de octubre de 1987 antes de las cinco (5) de la mañana.

"Se dan en la demanda los datos del señor Julio César Ibarra Sepúlveda, su matrimonio y sus tres hijas menores. Era un conocido comerciante en la ciudad de Santa Marta, propietario de un establecimiento de comercio denominado El Cóndor cuya dirección se da; además tenía dos camionetas marca chevrolet- Luv en las que hacía transporte de mercancías y prensa (periódicos) entre las ciudades de Barranquilla y Valledupar todos los días. Se detallan estas actividades y su producido, todo lo cual le importaba al señor Ibarra Sepúlveda una entrada mensual promedio de $528.666.oo con los que sostenía congruamente a su familia.

"Se expresan a continuación los datos del señor Rigoberto López Julio, su matrimonio y sus tres hijos menores manifestándose que en el momento no tenía trabajo, pero que ya había acordado precisamente con el señor Julio César Ibarra Sepúlveda, que si le gustaba la forma como se hacían los viajes para el transporte de mercancía y prensa entre Barranquilla y Valledupar, trabajaría con él como chofer ya que esa era su ocupación u oficio. Habían convenido un sueldo de $50.000.oo mensuales, con los cuales lógicamente López Julio atendería el sostenimiento de su familia."...

"CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

"1. Se contrae el tema materia de decisión a determinar si en la ocurrencia del accidente de que dan cuenta los autos, en el cual perdieron la vida los señores Julio César Ibarra Sepúlveda y Rigoberto López Julio, tuvieron o tienen responsabilidad las entidades demandadas, y por tanto y concretamente si la tienen en la circunstancia específica de la erosión que se produjo en la obra de drenaje, puente o *boxcoulvert* situado en el kilómetro 16+500 de la carretera Fundación - Ye de Ciénaga, erosión que fue la causa inmediata del accidente.

"2. El apoderado de la Nación- Ministerio de Obras Públicas y Transporte y el Fondo Vial Nacional, al contestar la demanda expresa que a lo que se refiere el actor como una obra de drenaje, puente o *boxculvert* es una obra diferente. "En realidad es un canal de riego y no es cierto que presente "muchas y muy protuberantes fallas" al decir del actor". En su contestación varias veces se refiere a esta circunstancia.

"Debe dejarse establecido de una vez, que lo que interesa para los fines de este proceso, no es determinar si los pasos de agua ubicados en el kilómetro 16+500 de la carretera Fundación - Ye de Ciénaga donde ocurrió la tragedia, fueron puestos allí para dar paso a un canal de riego o para drenar agua (¿agua de dónde?), sino establecer si esos pasos de agua tenían la capacidad suficiente para cumplir su cometido que al fin y al cabo era y es facilitar el paso de agua, bien para drenar o para que corriera el canal de riego.

"En todo caso , es el mismo Director Regional del Distrito de Obras Públicas No. 21, quien en oficio No. DR-21-0066 de 19 de enero de 1.988 (folio 43 del cuaderno No. 2) contestando otro oficio del señor Director Regional No. 8 del HIMAT, se refiere a dicha obra como una obra de drenaje. Y el mismo funcionario, en declaración rendida dentro del proceso (folio 95 a 97 del cuaderno No. 1) , a una pregunta formulada por el apoderado de la Nación- Ministerio de Obras Públicas y Transporte y del Fondo Vial Nacional, sobre si "técnicamente es correcto asimilar una obra de drenaje (sic) con un puente o con un BOUSCOULVER (sic) en caso contrario manifieste que diferencia existen entre cada una de ellas", contestó así: "La diferencia es ninguna todas las obras mencionadas anteriormente sirven de drenaje (sic) en una carretera, se acostumbraba cuando son canales para riego que atraviesan la carretera se acostumbra a construir un BOUSCOLVER" (sic).

"Lo anterior lleva, pues, a la conclusión que la mencionada es de todas maneras una obra de drenaje.

"3.Dentro de este proceso declararon los señores Ramón Hermenegildo Lewis Mosquera, Ingeniero Civil y Director Regional del Distrito de Obras Públicas No. 21, con sede en Fundación, Hernando Salvador Somosa Torres, también Ingeniero Civil y quien ocupa el cargo de Ingeniero Jefe Sección Conservación de Distrito de Obras Públicas No. 21, y Disnardo Galindo Gómez, quien ocupa el cargo de Operador en el Ministerio de Obras Públicas. Aún cuando el primero y el segundo de ellos agregan algunas observaciones de que antes no se habían producido accidentes, que hay imprudencia de los conductores por transitar en la carretera con huecos bajo la lluvia, o que hay mantenimiento sobre la carretera, aparece claro que sus testimonios que en épocas de invierno el río Tucurinca se desborda sobre la carretera, y que ese desbordamiento comienza en el kilómetro 16+500 o Canal Tucurinca Viejo, o sea donde ocurrió el accidente, y va hasta el puente sobre el río Tucurinca.

"El doctor Somosa en especial se refiere a tres obras de drenaje que tiene el puente sobre el río Tucurinca, todas sobre la carretera entre las que se encuentra la obra donde se produjo el accidente.

"En las mismas declaraciones se hace mención vaga de trabajos realizados con anterioridad, entre 1.983 y 1.984, para desviar el río Tucurinca. A folios 32 y 33 del cuaderno No. 2, de pruebas , aparece una comunicación dirigida por el doctor Ramón Lewis Mosquera, Director del Distrito de Obras Públicas No. 21 al apoderado del actor, en que, contestando una comunicación de éste , dice con relación a estos trabajos: "Durante el período comprendido de octubre /83 a abril /84 se adelantaron los trabajos de rectificación del curso del Río Tucurinca, empleando una paladraga asignada a este Distrito. Teniendo en cuenta que dichos trabajos se efectuaron bajo la dirección y supervisión de la Regional No. 8 del HIMAT, se sugiere requerir los planos mencionados a dicha entidad.".

"En cuanto a los motivos para emprender esos trabajos, dijo en el mismo documento:

"Las obras de rectificación del curso del Río Tucurinca se realizaron con el objeto de encausar dicho río por su antiguo cauce o madrevieja y evitar las inundaciones que ocasionaban daños en la banca de la vía y el rebosamiento del Canal Tucurinca Viejo".

"No obstante y según lo expresado antes, de acuerdo a lo dicho por los testigos el desbordamiento del río Tucurinca sigue presentándose en épocas de invierno, y con ello las inundaciones; y el día del accidente hubo rebosamiento del Canal Tucurinca Viejo, lo que aparece en las declaraciones mencionadas, por ser allí donde comienza el desbordamiento de las aguas.

"A folios 2 y 3 del cuaderno No. 2 aparecen dos fotografías del lugar donde sucedió el accidente, con el camión o tractomula volteado y varias personas mirando, fotografías que fueron reconocidas como fidedignas por el señor Ingeniero Jefe Sección de Conservación del Distrito de Obras Públicas No. 21, doctor Hernando Somosa T. en su declaración y en ella se observa con claridad el estado en que quedó la carretera, y el hueco donde cayeron los dos carros, apreciándose en las fotografías el camión volteado a medio lado, semi hundido, sobre el hueco, lo que indica el gran tamaño del mismo. Se aprecia claramente que la parte de la carretera donde esta el hueco, que era el lado por donde transitaban los vehículos fue erosionada.

" 3.1 . Por otra parte, con la demanda se acompañó toda la actuación original relativa a una inspección judicial extra proceso con intervención de peritos (folios 44 a 103 del cuaderno No. 2), practicada por el señor Juez Unico Civil del Circuito de Ciénaga sobre el Canal Tucurinca Viejo y zonas anexas, sin citación de la contraparte y en el dictamen rendido por los peritos, Ingenieros Civiles, estos expresan que a la altura de los kilómetros 16-17 de la carretera Fundación-Ye" de Ciénaga, constataron que no existe puente alguno que drene el afluente del río Tucurinca "Canal Tucurinca Viejo", sino dos (2) alcantarillas Tipo ARMCO de sección semielíptica, de radio mayor =, 50 metros; que desde el punto de vista técnico la localización de dicha obra de drenaje no es la apropiada para el tipo de tubería utilizada, y no alcanza a drenar el afluente ocasionado por el Río Tucurinca, cuando este supera la cota máxima ribereña y produce inundación, debido a la poca capacidad de las tuberías que tolera solo 8.97 metros cúbicos por segundo por unidad, según el estudio realizado. Agregan que en épocas de invierno el río Tucurinca aporta el 25% de su caudal, aparte de las aguas producidas por las precipitaciones fluviales que pueden sucederse simultáneamente. Expresan que el terraplén en las cercanías del drenaje es susceptible de erosión como se apreció en la visita realizada. Concluyen de los estudios hechos, que la obra no cumple técnicamente con su objeto de drenar correctamente las aguas sin que el terraplén quede comprometido a daño alguno por acción de estas.

"Desde el punto de vista técnico consideran que los móviles del accidente ocurrido el 29 de octubre de 1.987 en ese sitio "fueron la ineficiencia de la obra construida y la falta de conservación apropiada de la misma."

"Agregan que los dos tubos instalados sólo hay uno en funcionamiento por obstrucción del otro, y mencionan las fuentes de donde tomaron datos para sus estudios y planos, todas provenientes del HIMAT. A su dictamen agregaron los siguientes documentos: concepto técnico hecho por ellos mismos basados en los estudios hidráulicos, planos topográficos del canal, datos estadísticos suministrados por el HIMAT , hidrogamas

de caudales máximos anuales del río Tucurinca, análisis de la frecuencia de esos caudales, tabla de los períodos de los retornos de esos caudales, gráfica de caudales y frecuencia, y fotocopias de una plancha del Instituto Geográfico Agustín Codazzi que muestra el curso del río.

"Su concepto técnico basado en los estudios hidráulicos termina con las siguientes observaciones y apreciaciones:

"Además de la anterior se observó en la inspección efectuada que los taludes de la vía no se hallan debidamente protegidos contra la agresión de las aguas , no existen muros de contención, sino solamente, los cabezotes terminales de las alcantarillas, los que se hallan en mal estado.

"Para nuestro concepto, solamente un puente convencional de mayor altura, construido previos los estudios correspondientes, sería funcional en ese cruce.

"También tenemos conocimiento de que en el período comprendido de octubre /83 a abril /84 , se adelantaron trabajos de rectificación del río Tucurinca en cercanía del sitio donde ocurrió el accidente con el fin de encausar el río por su antiguo cauce y evitar las inundaciones que causaban daños en la banca de la vía y el rebosamiento del "Canal Tucurinca Viejo", canalización que desafortunadamente no ha llevado a los resultados esperados, pues los desbordamientos y daños consiguientes han continuado."

"3.2 A folio 41 del cuaderno No. 2 aparece copia autenticada por la Juez única Civil Municipal de Fundación, como consecuencia de una inspección judicial extra-proceso (folio 40 del mismo cuaderno), de una comunicación dirigida al doctor Ramón Lewis Ministerio de Obras Públicas y Transportes - Distrito No. 21, Fundación, suscrita por el señor HUMBERTO FONSECA CORTES como Director Regional No. 8 (encargado) del HIMAT, en la que le dice :

"En nuestro poder se encuentran los diseños del *box-coulvert* localizado en la intersección del Canal Tucurinca Viejo con la carretera Fundación - Santa Marta.

"En vista que esta obra es de interés mutuo, ya que ustedes al reconstruir la vía *obstruyeron la alcantarilla existente*, le adjunto copias heliográficas para que ustedes adelanten las diligencias necesarias para su pronta construcción" (Subraya el Tribunal).

"La comunicación está fechada en Prado de Sevilla el 20 de septiembre de 1.988, o sea después de ocurrido el accidente, casi un año después, y es lógico inferir de ella que para esa fecha aún no se había reparado el *box-coulvert* o paso de agua, para llamarlo en buen romance.

"4. Tomando el dictamen de los peritos con todo su fundamento o apoyo en los datos por ellos expresados, en las observaciones directas , y en los estudios y análisis realizados , como un indicio, en razón de haberse llevado a cabo sin citación de la contraparte, como lo permitía el art. 300 del C. de P. C, antes de su modificación por el Decreto 2282 de 1989, pero un indicio con bastante fuerza de convicción , y atendiendo a las demás pruebas observadas, es fácil concluir como lógica consecuencia lo siguiente:

"El invierno no es ajeno a la región y por lo general produce inundaciones en el sector donde ocurrió la tragedia, inundaciones que se ocasionan por el desbordamiento del puente o *box-coulvert* que se encuentra en la intersección del Canal Tucurinca Viejo con la carretera Fundación - Santa Marta, que como es sabido por ser de público conocimiento es la misma Fundación - la Ye- Ciénaga o Fundación- La ye-Santa Marta. La forma como ese *boxcoulvert* está construido no es la más apropiada ni técnica, y deja desprotegida la carretera, pudiendo erosionarla. Fue esto precisamente lo que pasó el día del accidente.

"Las pruebas solicitadas extemporáneamente por al apoderada del Himat, y las aportadas también extemporáneamente relativas a los mismos puntos de las solicitadas, no son necesarias a la vista de las que ya obran en el proceso, que dan claridad suficiente en cuanto a los hechos debatidos.

"Su extemporaneidad, por otra parte , las hace inestimables.

" 5. Entonces hay falla del servicio en la Administración en cuanto a la no adecuada construcción del *box-coulvert* mencionado, falla que se pone de presente en la obstrucción de la alcantarilla existente en el *box-coulvert* según se expresó en la comunicación mencionada antes, y en que casi el año de la tragedia todavía una entidad - el HIMAT- le esté solicitando a la otra - el Ministerio de Obras Públicas la reparación o construcción de la obra.

"Esa falla del servicio conduce a la responsabilidad de la Administración por el insuceso de que dan cuenta los autos, en el que perdieron la vida los señores Julio César Ibarra Sepúlveda y Rigoberto López Julio, a lo cual se refirieron los mismos funcionarios del Distrito No. 21 en sus declaraciones, razón por la cual debe indemnizar los perjuicios ocasionados a los accionantes. Esta obligación indemnizatoria recae en forma solidaria sobre la Nación- Ministerio de Obras Públicas, y sobre el HIMAT, ya que los datos del proceso muestran que la falla del servicio se debió a las dos entidades, a la primera a través del Distrito No. 21 con sede en Fundación , y a la segunda por medio de su Dirección Regional No. 8 con sede en el Prado Sevilla. En cambio, no aparece la responsabilidad del Fondo Vial Nacional.

"6 . LOS PERJUICIOS. Se solicita en la demanda que como consecuencia de la responsabilidad que compete a los entes demandados, se les condene a pagar perjuicios morales y materiales a los accionantes.

"6.1. Perjuicios Morales. Aunque no con la claridad y precisión que se quisiera, se pide el pago a cada demandante del equivalente en pesos colombianos de 1.000 gramos de oro puro a la fecha de la sentencia, por concepto de perjuicios morales.

"Los demandantes son: la señora Sara Ordóñez de Ibarra, esposa del fallecido señor Julio César Sepúlveda, y sus tres hijas menores Tatiana Elena , Elga Mariela y Yesenia María . Y la señora Luz Marina Romero Quiroz , esposa del finado señor Rigoberto López Julio y sus menores hijos Edwin Enrique , Rigoberto y Javier. Las calidades de esposas e hijos de los demandantes, así como la menor edad de los últimos, y la defunción de los señores Ibarra Sepúlveda y López Julio, están acreditadas con las correspondientes certificaciones notariales relativas al estado civil de las personas, que obran a folios 4 a 9 y 23 a 28 del cuaderno número 2. Se demuestra con ello así mismo el interés de los actores para accionar.

"Conocida es la concepción jurisprudencial del Consejo de Estado, en el sentido de que para el daño moral se fija por el fallador la cantidad correspondiente, tomando como base el valor del gramo de oro, hasta un máximo de 1.000 , y que cuando se trata de padres, hijos o cónyuges, no hay que demostrar el buen trato, la armonía familiar y el afecto que unía a los reclamantes con la víctima del hecho dañoso.

"Con fundamento en lo anterior , el Tribunal considera justo y equitativo señalar como reparación por el daño moral en favor de cada una de las dos esposas , hoy viudas, la suma equivalente en moneda nacional a un mil (1.000) gramos de oro puro, y a cada uno de los hijos menores la suma equivalente en pesos a quinientos (500) gramos de oro. Este último señalamiento se hace en razón de que el dolor afectivo del menor es por lo general menos intenso que en la persona adulta, si bien no se desconoce que en casos especiales puede dejar secuelas de gravedad y cuidado como traumas, estados depresivos etc.

"6.2. Perjuicios Materiales.- Se solicita el pago a los demandantes por este concepto , previo el trámite de liquidación establecido en los artículos 307 y 308 del C. de P.C., teniendo en cuenta la edad de los fallecidos, 36 años Julio César Ibarra Sepúlveda, y 27 años Rigoberto López Julio, y que el primero de ello percibía ingresos mensuales por valor de $526.666.oo, y el segundo estaba pendiente de un contrato que le produciría $50.000.oo mensuales.

"6.3 Examinado el material probatorio, se aprecia que con él se acredita la actividad comercial del señor Julio César Ibarra Sepúlveda. A ello se refiere, en efecto, no sólo la propia esposa, hoy viuda , señora Sara Ordóñez de Ibarra, en la declaración rendida dentro del proceso, sino las constancias de comerciantes o representantes de firmas comerciales, con nota de autenticación de sus firmas algunas comerciales , con nota de autenticación de sus firmas algunas de ellas, otra como la del señor Gerardo Osorio Pérez reconocida dentro del proceso , y de todo lo cual se desprende que dicho señor era comerciante y tenía un depósito de cervezas en la calle 12 No. 9-77 de esta ciudad, llamado El Cóndor, de donde rerpartía gaseosas y cervezas. También tenía un contrato con el periódico El Tiempo para repartir la prensa entre Barranquilla y Valledupar. Además, con la firma Serrano Gómez , Ltda. "en el año de 1.987 nos transportaba sobres de la ciudad de Santa Marta a Valledupar y viceversa, que por este concepto se le pagaba un promedio mensual de TREINTA Y OCHO MIL SEISCIENTOS CUARENTA Y DOS PESOS (38.642.oo)" (sic).

"A excepción de esta última cifra , dada en constancia que obra a folio 11 del cuaderno No. 2 con nota puesta por el señor Notario Unico del Círculo de Valledupar, según la cual la firma corresponde a la registrada, y la firma es del señor Gerente de la Compañía, con lo cual se demuestra la entrada mensual por ese concepto, no está determinado lo que se ganaba el señor Ibarra Sepúlveda mensualmente en sus otras actividades comerciales. A lo que sobre el particular aparece en la comunicación del señor Jefe de Transporte de El Tiempo a folio 10 del cuaderno # 2, le falta la ratificación. Y en lo relacionado con el Depósito El Cóndor falta precisión probatoria en cuanto al producido mensual de la actividad con él relacionada. Las pruebas sugeridas en tal sentido por el apoderado de los demandantes constituyen petición extemporánea de pruebas. Por lo tanto, cualquier actividad en tal sentido corresponde efectuarlas en la etapa de liquidación , según más adelante se precisará.

"Conforme a la declaración rendida dentro del proceso por la señora Sara Ordóñez de Ibarra, esta y sus menores hijas dependían económicamente del esposo y padre, señor Julio César Ibarra Sepúlveda. Aún cuando es la única prueba que hay, la condena a pago de perjuicios materiales ha de proferirse por cuanto de todas maneras el fallecido esposo y padre tenía la obligación alimentaria para su esposa e hijas menores, conforme a los numerales 1 y 2 del art. 411 del Código Civil. Y ni en el certificado civil de matrimonio, ni en ninguno de los nacimientos de sus menores hijas , aparece constancia de inscripción de providencia judicial alguna sobre nulidad, separación de cuerpo, separación de bienes, tutela , etc., anotación que corresponde hacer conforme a los artículo 10, 11 y 22 del Decreto 1.260 de 1970, cuando se dan esas circunstancias.

"Esta condena se hará en forma genérica, debiéndose demostrar en el incidente posterior la entrada mensual del señor Ibarra Sepúlveda, por sus diferentes actividades como comerciante de acuerdo a lo expresado antes, sirviéndose de los medios probatorios conducentes al efecto como declaraciones, reconocimiento de documentos, peritaciones etc., conforme lo considere la parte interesada. Se tendrá en cuenta además la edad de la señora y la de los hijos, para efectos del correspondiente lucro cesante, conforme a lo pedido, ya que no se solicitó nada con relación a daño emergente.

"6.4. También la señora Luz Marina Romero Quiroz, esposa y hoy viuda del señor Rigoberto López Julio, expresa en su declaración rendida dentro del proceso, que ella y sus tres menores hijos dependían económicamente de éste. Los primeros , conforme a los numerales 1 y 2 art. 411 del Código Civil eran alimentarios por ley del segundo, y nada hay en los registros o certificaciones notariales de matrimonio y nacimiento respectivos que indique que esa calidad de alimentarios hubiera desaparecido (sic.). Sin embargo, está acreditado dentro del proceso que a la fecha de su muerte el señor Rigoberto López Julio no estaba trabajando, ni tenía entrada alguna conocida. Tenía apenas una expectativa de trabajo. Por tanto, si no percibía salario ni ingreso alguno no puede predicarse indemnización material en favor de su esposa e hijos , razón por la cual este extremo de la demanda se negará.

"7. Con la demanda se acompañó certificación sobre el valor del gramo de oro fino , que era en esa fecha -10 de octubre de 1.989- de $4.912.74. Atendiendo el valor de una sola de las pretensiones por reclamo de perjuicios morales, a razón del equivalente en pesos de 1.000 gramos de oro, se tiene que eso arroja una suma superior a $3.500.000.oo, valor este que determinaba la competencia del Tribunal en primera o única instancia cuando se presentó la demanda, en acciones como la presente, según la pretensión excediera o no esa cifra. En este caso por consiguiente es de primera instancia, como se señaló en la demanda, razón por la cual y de acuerdo al art. 184 del C.C.A. esta sentencia debe ser consultada ." . (fls 159-175 Cdno No.1).

-II-

SUSTENTACION DEL RECURSO POR EL APODERADO DE LA PARTE ACTORA

A folios 179 y siguientes del cuaderno No. 1, obra el escrito en que el apoderado de los demandantes hace sus valoraciones de naturaleza jurídica y fáctica para destacar el universo de su inconformidad con la sentencia de primera instancia, que pueden sintetizarse así:

A) No está de acuerdo con la fijación de quinientos (500) gramos de oro fino para las hijas de Julio César Ibarra Sepúlveda, TATIANA ELENA , ELGA MARIELA y YESENIA MARIA IBARRA.

Tampoco con la que por igual cantidad se hizo en favor de los hijos de Rigoberto López Julio. señores EDWIN ENRIQUE, RIGOBERTO y JAVIER LOPEZ ROMERO;

B) Tampoco comparte la decisión del *a-quo* de denegar los perjuicios materiales en favor de LUZ MARINA ROMERO QUIROZ y sus menores hijos EDWIN ENRIQUE, RIGOBERTO y JAVIER, pues no hace suya la perspectiva jurídica del sentenciador de instancia, que lo lleva a concluir que como el occiso no estaba trabajando, en el momento en que ocurrió su muerte, nada se puede reclamar por tal concepto pues el perjuicio no resulta CIERTO.

-III-

CONDUCTA PROCESAL DE APODERADO DEL CENTRO DE IMPUTACION JURIDICA DEMANDADO

No obstante que el apoderado de la Nación Ministerio de Obras Públicas interpuso el recurso de apelación, no lo sustentó en el momento procesal oportuno, realidad que explica que por auto calendado el día dos (2) de diciembre de mil novecientos noventa y uno (1.991), se lo declarara desierto.

No obstante lo anterior, el *ad-quem* conoce también del fallo, en el grado de consulta.

-IV-

CONSIDERACIONES DE LA SALA

A) La sentencia será confirmada en cuanto condenó a la Nación-Ministerio de Obras Públicas y Transporte, como responsable de la muerte de los señores JULIO CESAR IBARRA SEPULVEDA y RIGOBERTO LOPEZ JULIO, ocurridas en las circunstancias de modo, tiempo y lugar que se relataron en los considerandos del fallo de primera instancia, pero será revocada en cuanto consideró que del hecho era responsable también el Instituto Colombiano de Hidrología, Meteorología y Adecuación de Tierras (HIMAT), pues del acervo probatorio no puede concluirse, con certeza, que éstos sea responsable del insuceso, como se explicará más adelante. Al fallo se le harán también algunos ajustes de alcance económico.

Desde el punto de vista económico se le harán también algunos ajustes que impone la justicia y la equidad.

En el caso *sub-exámine* no hay espacio para la duda que impida concluir que la muerte de los señores JULIO CESAR IBARRA SEPULVEDA y RIGOBERTO LOPEZ JULIO, se produjo como consecuencia del desbordamiento del Río Tucurinca, al pasar por encima de los niveles de la carretera, circunstancia que vivenció el día anterior a la tragedia el Ingeniero RAMON HERMENEGILDO LEWIS MOSQUERA, Director Regional del Distrito de Obras Públicas No. 21, quien al rendir declaración dentro del presente proceso , expuso:

> "El día anterior del suceso las cinco y media de la tarde venía de la ciudad de Santa Marta y observé el desbordamiento del Río Tucurinca *pasando por encima de los niveles de la carretera, avenida de dicho río que no se prevén y esa noche los niveles de las aguas estuvieron por encima de un metro hecho este que se midieron en las señales que dejó en los árboles aledaños a la carretera.*" (C 1, fol 95). (Subrayas de la Sala).

El mismo deponente ilustra al sentenciador en el sentido de que con anterioridad se habían presentado también ".....avenidas del río en el mismo sitio....-", pero que no se presentaron accidentes. Anota que: "...prevenirlos es muy difícil cuando se presentan las imprudencias de los choferes al meterse en un sitio de donde hay desbordamiento donde la carretera no se ve....". Agrega luego: "Ha ocurrido que debido a las avenidas del río Tucurinca como lo he venido mencionando, *en una de ellas hubo fallas del puente de 12 metros de luz* sin consecuencias de accidente, hubo la reparación correspondiente y esa vez tuvimos paralizado el tránsito por unas 36 horas, *en otra de las avenidas nos falló una de las alcantarillas y también fue reemplazada en su totalidad*...Cada vez que se presenta las avenidas del río Tucurinca el desbordamiento se presenta en el sitio K 16+500 o canal Tucurinca viejo hasta el puente sobre el río Tucurinca..."

El ingeniero Señor HERNANDO SALVADOR SOMOZA TORRES, Jefe de la Sección de Conservación del Distrito de Obras Públicas también declaró dentro del proceso y en lo sustancial de su exposición dijo:

> "En la cátedra de puentes me enseñaron que cuando se diseña un puente de gran envergadura sobre un río caudaloso se acostumbra a diseñar obras de drenaje (sic) cercano a la cabecera para ayudar a desalojar los caudales cuando sobrepasan el flujo de aguas máximas para los cuales fueron diseñados...PREGUNTADO: En qué ha consistido la falta de acuerdo que hubo entre el HIMAT y el Ministerio de Obras Públicas , Fondo Vial Nacional respecto a quien corresponden la construcción de *un puente convencional de gran capacidad para drenar* el Canal Tucurinca Viejo por la vía Fundación La Ye de Ciénaga . CONTESTO: "Tengo entendido de que la responsabilidad de estos hecho obedece a

cuál fue primero si la carretera o el canal este hecho salió a relucir posteriormente al accidente."

Finalmente , el señor DISNARDO GALINDO GOMEZ, operador en el Ministerio de Obras Públicas , ilustra al sentenciador dentro del siguiente temperamento:

"PREGUNTADO: Que Ud. haya visto o sepa porque le hayan dicho qué es lo que pasa en ese sector de la vía Fundación La Ye de Ciénaga en épocas de invierno . CONTESTO: En época de invierno la creciente del Río Tucurinca se desborda". PREGUNTADO: Ese desbordamiento del río Tucurinca supera la cota de rasante o mejor dicho rebosa la vía. CONTESTO: En las veces que yo he pasado , paso normalmente , hay un poquito de agua por la carretera " (C. 1, fol 112).

Dentro del universo probatorio anterior, que es el único que permite definir el presente conflicto de intereses, se vivencia la responsabilidad de la Nación- Ministerio de Obras Públicas . Resulta incomprensible para el sentenciador que el Director Regional del Distrito de Obras Públicas No. 21, que el día anterior a la tragedia observó el desbordamiento del Río Tucurinca, pues las aguas ya pasaban por encima de los niveles de la carretera, no hubiese tomado ninguna medida de prevención de accidentes , máxime que en oportunidades anteriores el puente ya había presentado fallas. Pero es más. Las experiencias vividas con anterioridad al insuceso han debido llevar al centro de imputación jurídica demandado a construir las obras de drenaje suficientes para prevenir la tragedia, pues las que existían se habían mostrado insuficientes. La discusión sobre quién debía construir un puente de gran capacidad , esto es, si el Ministerio de Obras Públicas o el HIMAT , carece de sentido. Quien prestaba el servicio en la vía era el primero, y, por lo mismo, estaba en la obligación de hacerlo dentro de las mejores condiciones de seguridad. Cuando la autoridad pública autoriza, sin restricciones , la circulación por carreteras y avenidas , y , en general , por las vías públicas, está extendiendo un cheque de confianza a los particulares, el cual es correspondido también con confianza. El funcionamiento anormal del servicio genera responsabilidad objetiva , y, por lo mismo, corresponde al demandado acreditar que el hecho se causó por fuerza mayor, culpa exclusiva de la víctima o el hecho de un tercero. Ninguna de estas causales de exoneración de responsabilidad se demostró dentro del proceso. Que sí, debidamente probado, el HECHO y la RELACION DE CASUALIDAD entre éste y el DAÑO.

Para la Sala no obra dentro del informativo prueba, con fuerza de convicción, que le permita concluir que el INSTITUTO COLOMBIANO DE HIDROLOGIA, METEOROLOGIA Y ADECUACION DE TIERRAS (HIMAT) sea responsable de la tragedia . Al folio 42 del Cuaderno No. 2 obra el folio No. 0046 de 8 de enero de 1988, enviado por el Director Regional

del Himat al doctor Ramón Lewis , Distrito 21 - zona Carreteras- Ministerio de Obras Públicas, en el cual se lee:

> "Solicito de su valiosa colaboración para la rehabilitación que se debe realizar en la alcantarilla en el Canal Principal TUCURINCA VIEJO, quien atraviesa la carretera troncal localizado a pocos metros del Río Tucurinca , recientemente semidestruida por la creciente del mes de Octubre del año inmediatamente anterior.
>
> "Actualmente el funcionamiento de la citada alcantarilla no es normal , y espero sea construida esta obra dentro de sus inmediatas realizaciones, y así evitaremos interrupciones en la vía y en los servicios de riesgo que suministramos a los usuarios del Distrito:"

De la nota anterior se desprende que el Himat, dos meses y medio después de ocurrida la tragedia , le pedía al Ministerio de Obras que se ocupara de rehabilitar la alcantarilla en el Canal Principal TUCURINCA VIEJO, pues recientemente la carretera troncal había sido destruida por la creciente del río y el funcionamiento de la misma no era normal. Por parte alguna se vivencia que esa obligación fuera del HIMAT, pero sí se aprecia que éste estaba preocupado por la situación fáctica que se registraba. En este momento del discurso vale la pena recordar que la citada nota fue respondida por el Director Regional Distrito de OO.PP el 19 de enero de 1988, (C.2, fol 43) . En esta comunicación el Ministerio de Obras Públicas no afirma que la obligación de construir la obra sea del HIMAT. Allí se lee , en lo pertinente:

> "...deseo manifestarle que esta dependencia conciente (sic) de la situación actual que se presenta por la falta de capacidad hidráulica de dicha obra, ha solicitado a la Dirección de Carreteras la partida requerida para acometer la construcción de una estructura en concreto de 10.00 mts de longitud.
>
> "Teniendo en cuenta que es incierta la asignación de la partida mencionada, solicito a usted ordenar el arreglo de las compuertas de dicho canal a fin de regularlo y poder observar los daños que presente la obra actual y programar la ejecución de las reparaciones a que haya lugar..."

Así las cosas, cabe preguntar : ¿Por qué la administración, consciente de los peligros creados por los daños que presentan las obras, se dedica a una política de carteo sin mayor sentido, en lugar de reparar las vías, y, en general las obras públicas ? ¿Por qué se espera el momento en que ocurre la tragedia para hacer lo que se había podido hacer antes? Con los dineros que tiene que pagar la comunidad, con ocasión del presente proceso, seguramente se habría podido mejorar la prestación del servicio, pero queda la sensación de que las

personas encargadas de atender a estos frentes, sólo tienen dificultades para las soluciones pero no soluciones para las dificultades.

Para el *ad-quem* el Ministerio de Obras Públicas fue negligente al no construir , en el sitio en que ocurrieron los hechos, el puente convencional de que hablan los peritos Señores LUIS RENE LARA PAEZ Y JOSE MARIA CASTAÑEDA (C 2, fol 59). En lo pertinente de su trabajo los auxiliares de la justicia señalan:

> *"Para nuestro concepto, solamente un puente convencional de mayor altura, construido previos los estudios correspondientes, sería funcional en ese cruce."*

Aunque la Sala le resta mucho valor probatorio a esta prueba, porque se practicó extrajudicialmente, y sin citación de la parte contraria, sí considera que lo expuesto por los auxiliares de la justicia viene en apoyo , como un indicio más, de toda la prueba que antes se dejó apreciada.

Por todo lo anterior, la Sala hace suya la perspectiva jurídica que maneja la apoderada del HIMAT en su alegato de conclusión en esta instancia (C 1, fol 200 y ss.ss), cuando destaca:

> " 1. Manifiesta el Honorable Tribunal "Entonces hay falla del servicio en Administración en cuanto a la no adecuada construcción del box-coulbert mencionado, falla que se pone de presente en obstrucción (sic) de la alcantarilla existente en el *box-coulvert* según se expresó en la comunidad mencionada antes, y en que casi al año de la tragedia todavía una entidad - El Himat- le está solicitando a la otra - el Ministerio de Obras Públicas- la reparación o construcción de la obra."
>
> "Al respecto manifiesto que no hubo falla del servicio, si tenemos en cuenta que la obra en mención fue construida para la conducción de aguas necesarias para riego y no como sistema de drenaje, por lo tanto no es cierta la afirmación de la no adecuada construcción del box-coulvert a que se refiere el Tribunal. Tampoco es acertada la afirmación que la falla se pone de presente en la obstrucción de la alcantarilla existente en el box-coulvert, pues en ninguna parte del expediente aparece prueba alguna de que el día del accidente se encontraba obstruida dicha alcantarilla, antes bien en la comunicación No. 0046 del 8 de enero de 1988 dirigida por el entonces Director Regional del Himat Doctor Roberto Katime y la contestación a la misma por Director Regional del Distrito No. 21 del M.O.P. de fecha 19 de enero del mismo año, comunicaciones estas que aparecen en el expediente, (folio 42 y 43 - cuaderno 2) se corrobora el hecho de que la citada alcantarilla se destruyó parcialmente por la creciente presentada el día del accidente . Así mismo se corrobora la solicitud presentada por el HIMAT al Ministerio de obras Públicas de

la urgente necesidad de que por esa entidad se procediera a la rehabilitación de la alcantarilla en el Canal Principal Tucurinca Viejo "Para así evitar interrupciones en la vía y en los servicios de riego que suministra a los usuarios del Distrito.".

B) Por lo que hace relación con las condenas por los perjuicios causados, la Sala revisará el fallo dentro del siguiente marco:

GRUPO FAMILIAR -IBARRA-ORDOÑEZ

Por la muerte del señor JULIO CESAR IBARRA SEPULVEDA, demandan el pago de perjuicios morales y materiales SARA ORDOÑEZ DE IBARRA (esposa) y TATIANA ELENA, ELGA MARIELA y YESENIA MARIA IBARRA ORDOÑEZ (hijos).

La legitimación por activa quedó debidamente demostrada con los certificados de registro de matrimonio y nacimiento de los descendientes.

La Sala confirmará la condena que por perjuicios morales hizo el *a-quo* en favor de SARA ORDOÑEZ DE IBARRA (esposa), por mil (1.000) gramos de oro fino y elevará a mil (1.000) gramos de oro para cada una, la que favoreció a TATIANA ELENA, ELGA MARIELA y YESENIA MARIA IBARRA ORDOÑEZ, (hijos), por considerar que los hijos sufren el máximo dolor por la muerte de uno de sus padres, salvo prueba en contrario, que no existe en el caso en comento.

Se confirmará la condena al pago de perjuicios materiales, que se hizo en abstracto, pero las pautas que se deben seguir para hacer la liquidación, son las siguientes:

PRIMERA: Por todos los medios probatorios se podrá acreditar el ingreso mensual del finado JULIO CESAR IBARRA SEPULVEDA. En su defecto, se tendrá en cuenta el salario mínimo mensual vigente para el año de 1.987;

SEGUNDA: Del ingreso mensual se descontará un veinticinco (25%) por ciento que es la suma que se considera destinaba el occiso para atender a su congrua subsistencia;

TERCERA: El setenta y cinco por ciento (75%) restante, se dividirá en dos partes: la mitad para la cónyuge sobreviviente y se liquidará hasta el momento en que se presume el cónyuge de mayor edad morirá primero, debiéndose aportar dentro del incidente el certificado civil de nacimiento de la Señora Elena Ordóñez de Ibarra. La otra mitad corresponde a las hijas por partes iguales y va hasta el momento en que cumplan dieciocho (18) años de edad.

CUARTA: Se distinguirán dos períodos: a) el vencido o consolidado que corre desde el día 29 de octubre de 1987 y va hasta el día 31 de agosto de 1992; b) el futuro, que corre desde el 1o. de septiembre de 1992 y que va hasta el momento en que se considera que el cónyuge de mayor edad moriría primero. Para los hijos, hasta que cumplan los dieciocho (18) años de edad.

QUINTA: No se actualizará la condena porque no se ordenó en la sentencia ni se solicitó en la demanda.

SEXTA: El término para formular el incidente se fija en sesenta (60) días que empezarán a correr a partir de la notificación del auto que dicte el *a-quo* ordenando cumplir lo dispuesto por el *ad-quem.*

GRU*PO FAMILIAR LOPEZ JULIO-ROMERO QUIROZ*

Por la muerte del señor RIGOBERTO LOPEZ JULIO demandaron LUZ MARINA ROMERO QUIROZ (esposa) y EDWIN ENRIQUE, RIGOBERTO Y JAVIER LOPEZ ROMERO, quienes afirman ser hijos legítimos del occiso.

La legitimación por activa quedó debidamente demostrada respecto de LUZ MARINA ROMERO QUIROZ (esposa) y de JAVIER LOPEZ ROMERO. No ocurre lo propio con EDWIN ENRIQUE y RIGOBERTO LOPEZ ROMERO, pues en las actas de registro de nacimiento no aparece el padre suscribiéndolas.

No se puede aceptar la tesis de que ellos quedaron legitimados con el matrimonio que Rigoberto López Julio y Luz Marina Romero celebraron el día 27 de diciembre de 1986, porque ni en el Acta de Matrimonio, ni en ningún instrumento público se hizo tal legitimación. Sobre la materia que se estudia la Sala recuerda, citando al profesor Gustavo León Jaramillo, que la legitimación se da sólo cuando se reúnen los siguientes requisitos:

1) Clases de legitimación.

"Son también hijos legítimos los concebidos fuera de matrimonio y legitimados por el que posteriormente contraen sus padres, según las reglas y bajo las condiciones que van a expresarse" (236).

"a) Legitimación "*ipso jure*"

"Esta categoría de legitimación que se conoce como de pleno derecho, puede presentarse en dos situaciones , así:

" (1) Cuando el hijo es concebido fuera del matrimonio de sus padres y nace una vez celebrado el mismo; el matrimonio tiene ocasión cuando la madre está grávida; pero, en este punto, deben recordarse las reglas de la presunción de concepción: es más acorde a la ley decir que si el

hijo nace dentro de los ciento ochenta días subsiguientes al matrimonio es legitimado "ipso jure", porque si nace después de este tiempo será legítimo , según se ha visto.

" (2) Cuando el hijo es concebido y nacido antes del matrimonio de sus padres , pero adquirió la calidad de hijo natural respecto de ambos por reconocimiento, de acuerdo a los requisitos legales (238). Según la disposición citada, es exigencia de la misma el reconocimiento como natural para la legitimación de pleno derecho; no incluye la declaratoria judicial de filiación natural.

"No habla el artículo de "declaración judicial" pues a la época (antes de la Ley 45 de 1936) era prohibida la reclamación judicial de paternidad natural. Sin embargo, debe tenerse por legitimado de pleno derecho al hijo cuando haya reconocimiento o declaratoria judicial previos uno u otra al matrimonio. La sentencia sólo es el cumplimiento forzado de la obligación jurídica del reconocimiento. No reconocer implica la pérdida de la patria potestad, pero la legitimación es un derecho del hijo que no puede perder por incuria del padre. Es injusto hacer recaer en el hijo consecuencias negativas cuando no es él el culpable, sino su padre por no querer reconocerlo o simplemente por no poderlo hacer, vr. gr. por su demencia.

" b) Legitimación voluntaria o por instrumento público.

"Siempre ante el supuesto del matrimonio , es factible una distinta forma de legitimación por oposición a la que se presente de pleno derecho. Supone ella la concepción y nacimiento fuera de matrimonio, la exclusión del caso de legitimación "ipso jure", la iniciativa o voluntad de los padres legitimantes. *La aceptación expresa o táctica del hijo legitimado y algunas solemnidades.*

"Los dos padres de consuno tienen la facultad de seleccionar e indicar a cuáles hijos otorgan la legitimación: discriminante o no, los progenitores a su arbitrio pueden escoger dentro de sus hijos las personas a legitimar, sin que los otros puedan llamarse a derecho. Mientras en las de pleno derecho la ley directamente confiere el "beneficio", en la voluntaria sólo lo hace medianamente, sujetando siempre este estado civil al querer de los padres.

"La voluntad debe ser vertida en instrumento público, que puede ser o la partida de matrimonio o una escritura pública y no hay límite de tiempo para realizar la legitimación voluntaria, *máxime que pueden ser legitimados los propios hijos cuando estén muertos.*

"Pero si bien es de la voluntad de los padres de donde surge en principio la legitimación voluntaria, no es ella suficiente para producirla; *es*

necesaria la aceptación del hijo. Legalmente se indica un término de aceptación o de no aceptación , según el Artículo 243, de noventa días contados a partir de la notificación de la legitimación voluntaria. Estrictamente, el término propiamente es para repudiar, porque ante el silencio del notificado una vez precluido el tiempo se entiende que acepta. *Dígase de una vez que la repudiación que siempre ha de ser expresa (y aun la misma aceptación de igual naturaleza) , deber ser hecha solamente por instrumento público.*

"Existen dos omisiones legales a este respecto: la primera en cuanto a la forma de notificación ; la segunda en cuanto al plazo que tiene para efectuarla. En cuanto a la manera de notificación no podrá ser otra que la indicada en el Artículo 315 del C. de P.C., es decir , el enteramiento oficial de tipo personal.

"Algo muy distinto acontece cuando de la segunda omisión se trata: no hay plazo preclusivo, lo que puede permitir que la notificación sea hecha hasta después de la muerte de uno o ambos padres a solicitud de quien esté interesado en la legitimación. Pero no debe confundirse esta posibilidad con la que permitiría la legitimación muerto uno de los eventuales legitimantes: mal podría hacerse una legitimación en esas condiciones cuando se requiere de la voluntad conjunta de los padres.

"Abunda el Código en indicaciones para efectos de saber a quién se notifica (Artículos 240, 241. y 242) :si el notificado es capaz tendrá conocimiento directo de la legitimación que se le pretende hacer, de lo contrario, *debería mediar un representante legal, de conformidad a las prescripciones generales.*

" c) Legitimación por instrumento público muerto el hijo.

"Es la voluntad de los padres la que determina en últimas a quiénes y cuándo se legitiman sus hijos, Dentro de la discrecionalidad de ellos, está no sólo la selección de las personas sino también el tiempo que puede llegar hasta luego de la muerte del hijo; *en este último caso debe existir, sin embargo, descendencia legítima o natural.* La notificación se hace en similitud de circunstancias cual si el hijo estuviese vivo; ella puede ser aceptada o rechazada y en caso de desacuerdo entre los descendientes, se admitirá la legitimación del difunto, pero no surtirá efectos sino para quienes aceptaron, únicamente a ellos aprovecha o perjudica la legitimación.". (Derecho de familia y de menores. Editorial Universidad de Antioquia. pag. 275-277).

(Subrayas de la Sala).

La realidad que se deja expuesta lleva al *ad-quem* a revocar las condenas que el *a-quo* hizo en favor de EDWIN ENRIQUE y RIGOBERTO LOPEZ ROMERO. En su lugar , se denegarán sus pretensiones.

Se confirmará la condena que por perjuicios morales se hizo en favor de LUZ MARINA ROMERO QUIROZ (cónyuge) por un mil gramos (1.000) de oro fino . También la que favorece a JAVIER LOPEZ ROMERO, pero ésta se incrementará a mil gramos (1.000) de oro fino , pues al momento de la muerte de su padre sólo tenía trece días de nacido y es lógico suponer que el vacío que el ascendiente deja en su vida será muy difícil de llenar.

Se revocará la sentencia en cuanto denegó el pago de perjuicios materiales en favor de la cónyuge sobreviviente y del hijo JAVIER LOPEZ ROMERO. Aunque el occiso no trabajara en el momento de su muerte, la Sala tiene fijadas pautas jurisprudenciales en el sentido de que esa circunstancia no tiene por qué prolongarse por todo el futuro, pues en presunción de hombre puede concluir que, en un determinado momento, en el tiempo físico, obtendría empleo. También debe presumirse el cumplimiento de los deberes jurídicos que el padre tenía para con su esposa e hijo, en el sentido de proporcionarles lo necesario para su congrua subsistencia. Se condenará pues, en concreto, al pago de los perjuicios materiales, en la modalidad de lucro cesante , ocasiones se hace con apoyo en las siguientes pautas:

PRIMERA: Se tomó en consideración el salario mínimo legal vigente para el año de 1.987, momento en que ocurrió la tragedia. De ese monto mensual se descontó un veinticinco (25 %) por ciento que es la cantidad que se presume que el finado dedicaba para su congrua subsistencia.

SEGUNDA: El setenta y cinco por ciento (75%) restante se divide en dos partes: una para la cónyuge sobreviviente y va hasta el momento en que se considera que habría fallecido el señor Rigoberto López Julio quien era mayor que su esposa ; la otra parte corresponde al hijo JAVIER LOPEZ ROMERO y se liquida el momento en que habría cumplido dieciocho (18) años.

TERCERA: Se distinguirán dos períodos: el vencido o consolidado que corre desde el 29 de octubre de 1987 y va hasta el día 31 de agosto de 1.992; el futuro, que corre desde el primero de septiembre de 1.992 y que corre para la esposa e hijos dentro del marco antes descrito (muerte del cónyuge mayor y 18 años para el hijo).

CUARTA: No se actualizó la condena porque no solicitó el actor en la demanda.

Dentro del marco anterior, los perjuicios materiales montan:

Para LUZ MARINA ROMERO QUIROZ la suma de UN MILLON OCHOCIENTOS SETENTA Y DOS MIL TRECIENTOS CINCUENTA Y DOS PESOS CON TREINTA Y TRES CENTAVOS ($1.872.352.33);

Para JAVIER LOPEZ ROMERO la suma de UN MILLON DOCIENTOS SETENTA Y OCHO MIL OCHOCIENTOS OCHENTA Y NUEVE PESOS CON VEINTINUEVE CENTAVOS ($1.278.889.29).

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

FALLA:

PRIMERO: REVOCASE la sentencia calendada el día veintiocho (28) de agosto de mil novecientos noventa y uno (1.991), proferida por el Tribunal Administrativo del Magdalena, dentro del proceso del rubro, por las razones dadas en los considerandos de este fallo, y, en su lugar ,

RESUELVE:

A)Declárase que la NACION- MINISTERIO DE OBRAS PUBLICAS Y TRANSPORTE, es administrativamente responsable de la muerte de los señores JULIO CESAR IBARRA SEPULVEDA y RIGOBERTO LOPEZ JULIO, ocurridas el día 29 de octubre de 1.987, dentro del marco de circunstacias que se relataron a lo largo de esta providencia;

B) Como consecuencia de la declaración anterior se condena a LA NACION - MINISTERIO DE OBRAS PUBLICAS Y TRANSPORTE a pagar por concepto de perjuicios morales las siguientes cantidades de oro fino, a las personas que a continuación se enlistan:

A SARA ORDOÑEZ DE IBARRA, mil gramos (1.000) de oro fino ;

A TATIANA ELENA , ELGA MARIELA y YESENIA MARIA IBARRA ORDOÑEZ mil gramos (1.000) de oro fino para cada una;

A LUZ MARINA ROMERO QUIROZ, mil gramos (1.000) de oro fino;

A JAVIER LOPEZ ROMERO, mil gramos (1.000) gramos de oro fino.

Las cantidades de oro se pagarán con el precio que el referido metal tenga en el momento de quedar ejecutoriado este fallo.

C) Condénase en abstracto a la NACION - MINISTERIO DE OBRAS PUBLICAS Y TRANSPORTE a pagar los perjuicios materiales que se causaron a SARA ORDOÑEZ DE IBARRA y a sus hijas TATIANA ELENA, ELGA MARIELA y YESENIA MARIA IBARRA ORDOÑEZ, los cuales se liquidarán siguiendo las pautas fijadas en este fallo. El término para formular el incidente se fija en sesenta (60) días contados a partir de la notificación del auto que dicte el *a-quo* ordenando cumplir lo dispuesto por el *ad-quem*;

D) Se condena en concreto a la NACION - MINISTERIO DE OBRAS PUBLICAS Y TRANSPORTE a pagar la LUZ MARINA ROMERO QUIROZ la suma de UN MILLON OCHOCIENTOS SETENTA Y DOS MIL TRESCIENTOS CINCUENTA Y DOS PESOS CON TREINTA Y TRES CENTAVOS ($1.872.352.33) , por concepto de perjuicios materiales.

Igualmente, a pagar a JAVIER LOPEZ ROMERO , la suma de UN MILLON DOSCIENTOS SETENTA Y OCHO MIL OCHOCIENTOS OCHENTA Y NUEVE PESOS CON VEINTINUEVE CENTAVOS ($1.278.889.29), también por perjuicios materiales.

E) Deniéganse las pretensiones de EDWIN ENRIQUE y RIGOBERTO LOPEZ ROMERO, por no estar legitimado por activa;

F) Deniéganse las demás pretensiones de la demanda;

G) A esta sentencia se le deberá dar cumplimiento en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C. Administrativo. Expídanse las copias del fallo con destino a los interesados, precisando cuál de ellas presta mérito ejecutivo para el cobro de las condenas que se hicieron en concreto.

SEGUNDO : Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE, Y CUMPLASE.

Daniel Suárez Hernández, Presidente de la Sala; *Carlos Betancourt Jaramillo, Juan de Dios Montes Hernández, Julio César Uribe Acosta.*

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

NOTA DE RELATORIA : En la misma providencia se estudió el punto de la legitimación, con cita del tratadista Gustavo León Jaramillo, quien distingue varias clases: a) "*ipso jure*" b) voluntaria o por instrumento público y c) por instrumento público muerto el hijo.

FALLA DEL SERVICIO POR OMISION - Protección/ **FALLA DEL SERVICIO DE POLICIA**

Los demandantes pidieron insistentemente protección a las autoridades; éstas colaboraron durante varios años y pacificaron la región; sin mediar razón alguna levantaron el cuartel de policía quedando la región a merced de los delincuentes. Estos hechos omisivos ponen de presente la falla del servicio policivo de vigilancia y prevención. No es que a cada finca en particular se le deba poner una protección especial por las autoridades No; no habría presupuesto ni personal para tal cometido. Pero de esto no puede concluirse que vastas zonas del país, como la que cobija la demanda, puedan dejarse abandonadas a la buena de Dios, para que la delincuencia cumpla en ellas, sin oposición alguna, la aventura de gobernar, juzgar y condenar. La autoridad legítima no puede tolerar semejante omisión, a menos que quiera conformarse para pasmo de propios y extraños, con un monstruoso, inconcebible e inconstitucional cogobierno.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.

Santafé de Bogotá, D.C., Septiembre veintiuno (21) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente : *Doctor Carlos Betancur Jaramillo*

Referencia: Expediente No. 7267. Actor : Rodrigo García Caicedo.

Procede la Sala a conocer en grado de consulta la sentencia de 11 de diciembre de 1991, dictada por el tribunal administrativo de Córdoba, mediante la cual se dispuso:

"1- Declárase administrativamente responsable a la Nación Colombiana - Ministerio de Defensa Nacional de los daños y perjuicios materiales causados a los señores RODRIGO GARCIA CAICEDO y a su cónyuge Señora ROSA EXBRAYAT DE GARCIA, con ocasión de los hechos ocurridos el día 11 de Noviembre de 1.988 que provocaron el incendio de las viviendas y demás dependencias de sus Predios El Limonal y Quitasueño, y la imposibilidad de administración directa y permanente de ellos.

"2- Como consecuencia de la declaración anterior, condénase In genere a la Nación - Ministerio de Defensa Nacional a pagar los perjuicios materiales sufridos en los conceptos de Daño Emergente y Lucro Cesante, el primero a favor de la Señora ROSA EXBRAYAT DE GARCIA y el segundo concepto a favor de ésta y del Señor RODRIGO GARCIA CAICEDO proporcionalmente a la extensión de sus Predios.- La regulación se hará de conformidad con lo dispuesto en el Art. 172 del C.C.A., con el trámite incidental que regula el Art. 137 del C. de P.C.; incidente que deberá presentarse dentro de los Sesenta (60) días siguientes a la notificación del auto que ordene cumplir lo dispuesto por el superior; de ser confirmada la Providencia.

"3- Las sumas de dinero que resultaren de la liquidación de los perjuicios materiales, se les aplicará la corrección monetaria de acuerdo con el Indice de Precios al Consumidor promedio, certificado por el DANE, desde el momento en que sucedieron los hechos hasta la ejecutoria de este sentencia; y devengarán intereses comerciales durante los seis (6) meses siguientes a dicha ejecutoria y moratorios desde este término y hasta cuando se hagan efectivos los pagos.

"4- Deniéganse las demás pretensiones de la demanda.

"5- Declárase no probada la excepción de caducidad de la acción propuesta por la parte demandada.

"6- Ordénase que la presente sentencia se cumpla dentro del término de Treinta (30) días contados desde su comunicación como lo establece el Art. 176 del C.C.A.

"7- De no ser apelado consúltese el presente fallo".

En la demanda, presentada el 19 de septiembre de 1.989, se narraron, en síntesis, los siguientes hechos:

1) Que el 23 de febrero de 1.983 fueron asaltadas las fincas "El Limonal" y Quitasueño de propiedad de los demandantes, por miembros del E. P. L y le exigieron al mayordomo, señor Luis Arrieta B, que los dueños tenían que entregarles $ 2.000.000.oo.

2) Que estos hechos, que volvieron a repetirse, obligaron a los dueños a pedir la protección policiva. Como consecuencia se estableció un cuartel con la colaboración de la gente del lugar en el caserío "El Tomate", con 17 agentes, los cuales permanecieron hasta marzo de 1.988, habiendo tenido un serio encuentro con la guerrilla el día 22 de diciembre de 1.987.

3) Que pese a las amenazas y a la inseguridad, el puesto fue abandonado en marzo de 1.988.

4) Que el 30 de agosto de ese año fue asaltado e incendiado el corregimiento de "El Tomate", lo que costó la vida a muchos campesinos.

5) Que el 11 de noviembre siguiente, la guerrilla prendió fuego a las casas de habitación y a todas las instalaciones de la finca "Quitasueño".

6) Que este hecho ocurrió después de haber sido extorsionados en varias oportunidades los dueños de la finca mencionada y los de "El Limonal", con la amenaza de incendio si no accedían a las exigencias de la guerrilla.

7) Que todo esto condujo al abandono de las fincas, a la pérdida del ganado y a la destrucción de las instalaciones y viviendas.

8) Que la región quedó en manos de la subversión, pese a las quejas reiteradas de sus habitantes ante el comandante del Departamento de Policía Córdoba, para que restableciera el puesto de "El Tomate".

9) Que tales hechos causaron serios perjuicios a los demandantes; perjuicios que aparecen detallados en los hechos 2.1 y 2.2 del libelo.

El tribunal, luego del trámite de la primera instancia, decidió en la forma indicada atrás. De ese fallo se destaca el siguiente aparte que pone de presente la falla del servicio por omisión:

> "En ese orden de ideas y partiendo de que en el caso concreto *sub-lite* solicitan los demandantes como pretensión fundamental que se decrete la responsabilidad de la Nación - Ministerio de Defensa por los perjuicios que sufrieron ocasionados por la falla en la prestación del servicio; en relación con esta materia decisoria en la *litis* esta Colegiatura encuentra probados en debida forma los siguientes hechos."
>
> "Desde principios del año 1.983 al irrumpir en distintos sectores del Departamento de Córdoba grupos guerrilleros en especial en las zonas de ubicación de los predios de los actores, lo que constituyó un hecho notorio y de público conocimiento, debido a los actos vandálicos y de extorsión que ejercían contra los propietarios de los inmuebles de la región, como lo afirman los testimonios (Fls. 69 y ss), está demostrado

como consta en las comunicaciones (Fls. 19, 20 y 21) dirigidas a diversas autoridades como el Señor Gobernador del Departamento, El Comandante de la División de la Policía y aún el Ministerio de Gobierno Nacional, que los actores y en especial el Señor RODRIGO GARCIA CAICEDO como afectados por los hechos ilícitos, pidieron a la autoridad de manera concreta la protección y vigilancia especial que se imponía en la zona por razón de las personas o grupos involucrados en los hechos."

"En razón de lo anterior y a instancias reiteradas del citado actor según manifiestan los testimonios, se logró la radicación de un destacamento de la Fuerza Pública en el Caserío de El Tomate desde Noviembre de 1.983, lo cual según sus apreciaciones surtió efectos positivos logrando el control del orden público, hasta el resurgimiento subversivo con el enfrentamiento de Diciembre 22 de 1.987 en el citado caserío entre la guerrilla y la Fuerza Pública, y posteriormente ésta hizo dejación de la zona de conflicto en Marzo de 1.988; reiniciándose una secuencia de actos vandálicos que tuvieron momentos culminantes entre otros en el incendio de el mismo caserío y de viviendas e instalaciones de distintos predios."

"Ante tales circunstancias, la región quedó bajo el dominio absoluto de la guerrilla que impedía la presencia de los propietarios en sus predios, bajo la amenaza de la extorsión, los actores y en especial GARCIA CAICEDO en su propio interés y como representante del gremio ganadero reclamando justicia dentro de un estado de derecho, volvió a insistir en forma permanente ante las autoridades solicitando el restablecimiento del destacamento armado en la zona de conflicto, cuyo estado de zozobra obligó a los propietarios a dejar a la deriva la administración de sus bienes, todo lo cual aparece ratificado en los testimonios rendidos entre otros por el Doctor ALVARO ESPINOSA ESPINOSA y el ganadero PEDRO MARTINEZ ARGUMEDO, de los cuales vale resaltar cuando preguntado sobre la anterior aseveración respondieron:

"El Doctor ALVARO ESPINOSA ESPINOSA a F. 96 contestó "hace tiempo ya, los propietarios de fincas de esa región nos reunimos con el Comandante MUNEVAR de la Policía Nacional con el fin de crear construir un puesto de policía en esa apartada región. - Efectivamente la edificación se construyó con el aporte que hicimos y la policía atendió nuestra petición, en ese instante comenzó el orden y la paz en esa olvidada región de Córdoba. - Posteriormente supe que habían quitado ese puesto...., comenzó la zozobra, los robos y las diferentes calamidades posteriores..... los poseedores de fincas incluyendo el Señor RODRIGO GARCIA CAICEDO pedimos que se restituyera ese puesto tan necesario, en visitas que hacíamos ante las autoridades, no tengo esas peticiones escritas que nunca han sido atendidas"."

"Ante similar pregunta sobre la insistencia de los actores para el restablecimiento del puesto de policía y la importancia que tenía, el Señor MARTINEZ ARGUMEDO contestó:

"Si señor, el Señor RODRIGO GARCIA CAICEDO como ya las casas no estaban porque las habían quemado me solicitó el favor de que sí en la finca mía se podía colocar la policía y contesté que sí, que le prestaba toda la ayuda.... porque él había conseguido con el Coronel anterior no ANGARITA sino el de ese entonces poner el puesto de policía nuevamente allá, era el amparo para todos en la región ya que había paz, tranquilidad y se podía visitar las fincas sin tanto temor y concretamente para la familia GARCIA ESBRAYAT ya que más tarde les quemaron las casas de sus fincas."

"Tal insistencia de los actores de nueva radicación del destacamento militar según los testimonios, nunca tuvo una respuesta concreta y permanente como lo exigía las circunstancias de la región que fueron de dominio público, y tuvo su desenlace en los hechos del 11 de Noviembre de 1.988 en que fueron incendiadas las viviendas e instalaciones de las fincas propiedad de los cónyuges actores; por razones que claramente se infieren del protagonismo de éstos en justa demanda de sus propios intereses y el de su gremio."

"Es de anotar para el caso, que la responsabilidad no puede resultar automáticamente declarada cada vez que el administrado es afectado en los bienes consagrados para su protección en la norma del Art. 16 de la Carta, puesto que la determinación de la falla del servicio depende de la apreciación por el juzgador de la circunstancia de tiempo, modo y lugar, en que se de la ocurrencia de los hechos."

"En tal virtud para el caso *sub-exámine*, está igualmente demostrado según los relatos de los testimonios, que mientras la Fuerza Pública hizo presencia permanente en la zona de conflicto hubo control del orden público por parte de ella; luego no puede predicarse como causa de la falla del servicio que sería exonerante de la responsabilidad, la imposibilidad por falta de medios en la Institución Armada para cumplir su obligación de prestar el servicio; tal circunstancia no ha sido alegada ni mucho menos probada."

"De todas maneras como lo consagran preceptos constitucionales y legales, siendo el objetivo primordial de la Fuerza Pública y razón de su existencia, el mantenimiento del orden público orientado a propiciar a los asociados las condiciones necesarias para el ejercicio pleno de sus derechos y libertades, mal podría ante la solicitud de su protección especial evadir tal responsabilidad, alegando imposibilidad por carencia de medios, puesto que si tal obligación como ya se dijo no puede deducirse

como de resultado admitiéndola como obligación de medio, tiene como requisito esencial la prestación del servicio para garantizar los derechos del administrado."

"En el mismo orden, sí los logros positivos con su presencia en la región demostraron su capacidad para cumplir en tales casos lo que determina la ley, se concluye que el servicio falló por su ausencia posterior del teatro de los acontecimientos, ya sea por ineficacia, negligencia, debilidad, omisión u otras razones no desentrañadas, pero que de todas maneras ante las circunstancias nacidas de la presencia de grupos guerrilleros no alcanzan a constituir exoneración de la responsabilidad."

Conformes las partes con la decisión guardaron silencio. Como ésta imponía obligación a la entidad pública, vino en consulta a esta corporación.

Cumplido el trámite correspondiente, es oportuno decidir. Para ello, se considera:

Durante la instancia, intervino la demandada. Así, en su escrito de 26 de marzo de 1992, insiste en alegar la caducidad de la acción propuesta, por cuanto los hechos ocurrieron el 23 de febrero de 1.983; afirma que no se dio la falla del servicio porque el Estado no estaba obligado sino dentro de las condiciones que la infraestructura del servicio le permitía; y finalmente, arguye que se configuró el hecho de tercero, ya que fueron los guerrilleros los causantes del daño.

Tanto la parte actora como el Ministerio Público guardaron silencio.

Para la sala la sentencia merece confirmación por cuanto el análisis hecho por el tribunal, serio y concienzudo, se ajusta a la realidad que muestran los hechos. Así, se estableció:

1) Que los demandantes, señores Rodrigo García C. y Rosa Exbrayat Lacharme, cónyuges entre sí, son propietarios de las fincas "El limonal" y "Quitasueño", que conforman un solo globo de terreno, en la región "El Tomate" del corregimiento de Popayán del municipio de Canalete (Ver escrituras # 544 y 545 de 11 de julio de 1.973, con sus correspondientes notas de registro, a folios 25 y ss).

2) Que desde el año de 1.983 (mes de febrero) empezaron a ser extorsionados por delincuentes que merodeaban por toda la región, quienes exigían el pago de $ 2.000.000, so pena incendiar las fincas. A este respecto pueden verse las declaraciones de Fredy Alberto Vergara E (A f. 69); Jaime Vergara V (a f. 71); Marcos Pérez M (a f. 73); Francisco de la Ossa (a f. 74); y Eduardo Burgos M (a f. 76).

Estos testigos son contestes no sólo en el hecho de la extorsión, sino en las continuas peticiones que los cónyuges García y Exbrayat hicieron al Departamento de Policía de Córdoba para que se le diera especial protección a la región, hasta entonces dominada por la delincuencia. Estos hechos aparecen corroborados con las solicitudes de protección hechas por los demandantes al señor Comandante de dicho departamento policial y al gobernador del departamento (a folios 20 y 21).

3) Que dada esa insistencia y con la colaboración de los vecinos de "El Tomate", el Departamento, el Fondo Ganadero y los aquí demandantes, se construyó un cuartel para la policía en dicho caserío, el cual fue ocupado por 17 agentes desde el mes de noviembre de 1983 (Ver Contestación de la demanda, a folios 40 y ss).

4) Que ese cuartel fue asaltado en diciembre de 1987 por un grupo de antisociales, con numerosas bajas de lado y lado (Ver contestación demanda).

5) Que en el mes de marzo de 1988 se retiró sorpresivamente el cuartel, quedando la región a merced de los delincuentes (Ver contestación).

6) Que el día 30 de agosto de 1.988 fue asaltado e incendiado el caserío de "El Tomate", con un resultado trágico final de muchas muertes.

7) Que el día 31 de agosto siguiente (a f. 19) los demandantes se dirigieron al Sr. Ministro de Gobierno, Dr. César Gaviria T, para poner en conocimiento tales hechos y el abandono de la región por las autoridades.

8) Que, además, el 11 de noviembre de ese mismo año, la delincuencia organizada en la región (los testigos hablan del E. P. L.) le prendió fuego a las casas de habitación y a todas las instalaciones de la finca "Quitasueño". Fuera de los testimonios enunciados, a folios 112 y ss obra el acta de inspección judicial practicada por el tribunal, en la cual se pudieron constatar los vestigios y estragos que dejó el incendio de las casas y demás instalaciones de la finca Quitasueño y el estado de semi-abandono que presentaba al momento de la diligencia, el 13 de julio de 1.990.

9) Que esa destrucción también fue constatada por los señores peritos, quienes en su dictamen de 17 de julio de ese mismo año hablan de los estragos que dejó el incendio con la destrucción de dos casas y de la pesebrera, con un valor de reposición de $5.000.000.

Para la Sala, los hechos precedentes resultaron, como se dijo, bien probados y muestran que los demandantes pidieron insistentemente protección a las autoridades; que éstas colaboraron durante varios años y pacificaron la región; que sin mediar razón alguna desde marzo de 1.988 levantaron el

cuartel de policía, quedando la región a merced de los delincuentes, con los resultados que se dejan narrados.

Estos hechos omisivos ponen de presente, como lo relievó el *a-quo*, la falla del servicio policivo de vigilancia y prevención.

No tiene ninguna razón justificativa el retiro del cuartel de la zona de los acontecimientos desde marzo de 1.988 y menos después de todo lo que estaba ocurriendo en la región en materia de orden público, en donde según los testimonios los campesinos estaban a merced de organizaciones delicuenciales fuertes y bien armadas, (guerrilleros, paramilitares, narcotraficantes, delincuentes comunes).

Con lo precedente no quiere significarse que a cada finca en particular se le deba poner una protección especial por las autoridades. No; no habría presupuesto ni personal para tal cometido. Pero de esto no puede concluirse que vastas zonas del país, como la que cobija esta demanda, puedan dejarse abandonadas a la buena de Dios, para que la delincuencia cumpla en ellas, sin oposición alguna, la aventura de gobernar, juzgar y condenar.

La autoridad legítima no puede tolerar semejante omisión, a menos que quiera conformarse, para pasmo de propios y extraños, con un monstruoso, inconcebible e inconstitucional cogobierno.

Autoridad para acabar con los desmanes y las injusticias de todos y no para tomar partido, a ciegas, con un solo bando, como quieren algunos sectores de la sociedad. Autoridad como fiel de la balanza (no se concibe en otra forma) no sólo para curar sino para prevenir. Por eso mismo en su labor preventiva esa autoridad no puede olvidar que en la prestación de los servicios públicos fundamentales está en buena parte asentada la paz del país, como está en ésta involucrado el problema agrario, quizás el más olvidado de todos los programas gubernamentales y uno de los mas sensibles.

Se hace esta reflexión porque este punto está íntimamente vinculado con la violencia que padece el Departamento de Córdoba. Aspecto que no es el único pero sí ocupa lugar primordial.

Para la Sala, finalmente, el aspecto aquí planteado no es nuevo en la jurisprudencia. Asuntos similares han sido decididos por esta misma sala, con condenas al Estado por omisiones o irregularidades en la prestación del servicio de protección a las personas y bienes de los asociados. A este respecto pueden verse, entre otras, las sentencias de septiembre 19 de 1980 (Proceso 2415, actor Misael Ruiz), agosto 10 de 1.979 (Proceso 2378, Gloria Esperanza Rojas C y otras) y de 11 de abril de 1.978 (Proceso 1567 Miguel Rujana S).

Los Perjuicios

El *a-quo*, con apoyo en el dictamen pericial, pero apartándose de él en cuanto a la cuantiación de la condena, y en otras pruebas, concluyó que los demandantes sufrieron perjuicios de carácter material que se les debe indemnizar. Para el efecto se condenó, en abstracto.

Para la sala, la decisión del tribunal no merece acatamiento porque el expediente muestra elementos de juicio que permiten la concreción de los daños.

Sobre el daño emergente el dictamen es valedero y la suma de $ 5.000.000, por la destrucción de las viviendas y demás instalaciones, aparece ajustada a la realidad.

Lo que no tiene asidero en autos es la pérdida del ganado y del equipo de la finca (bombas matamaleza y de fumigación, monturas, máquina desgranadora, y herramientas en general).

A este respecto no existe prueba alguna y no puede aceptarse la simple afirmación de los actores hecha en la demanda. Aquí se aplica el principio de la carga de la prueba, para su denegación.

Tampoco existe prueba alguna que demuestre el lucro cesante y la parte demandante tampoco hizo ningún esfuerzo para concretar esa pretensión. El dictamen pericial a este respecto es impreciso, carente de fundamentación y de respaldo en otras pruebas. Así, no se demostró lo que efectivamente dejó de producir la finca en ese período.

La suma de $ 5.000.000 establecida como daño emergente deberá actualizarse de conformidad con la fórmula

$$Vp = vh \frac{\text{ind. f}}{\text{ind. i}}$$

en la cual Vp es el valor actualizado que se busca; vh es el valor histórico de las viviendas e instalaciones a la época del incendio, o sea $ 5.000.000; ind. f o sea el índice de precios a la fecha de esta providencia; e indi. i, o sea el vigente en octubre de 1988, época del incendio acaecido de 11 de noviembre de ese año. Operación ésta que arroja la suma de $13.271,700,84.

Fuera de lo dicho y en vista de que el valor histórico deberá pagarse actualizado, se condenará también a pagar un 6% anual sobre dicho valor histórico, o sea el mínimo que ese valor podía devengar, desprovisto de efectos devaluativos (lucro cesante). Este rubro asciende a $ 1.450.000.

La condena, dado que los predios corresponden a una unidad de explotación económica, se hará a favor de los demandantes.

Sobre perjuicios morales la sala no tiene reparo alguno. Fueron bien denegados y las razones de su negativa se estiman atendibles.

La excepciones estuvieron bien resueltas. Estuvo acertado el tribunal al no aceptar como fecha de la ocurrencia del hecho perjudicial el 23 de febrero de 1.983. No es cierto que esta sea la fecha, porque en forma inequívoca, según las voces de la misma demanda, en esa fecha solo se inició el proceso extorsivo de los delincuentes, lo que dio margen a sus propietarios para pedir la protección; protección que sí se les dio, pero que en forma inexplicable se les quitó en marzo de 1988. Es decir, que a partir de este momento empezó a configurarse la omisión que permitió que se consumara la destrucción de la finca el 11 de noviembre de ese mismo año. De allí que frente a cualquiera de estas dos fechas, la acción se interpuso oportunamente, habida cuenta de la presentación de la demanda el día 19 de septiembre de 1989.

Tampoco es atendible que se haya dado en el presente caso una circunstancia exculpativa de la responsabilidad de la nación, cual es el hecho de tercero (la acción guerrillera). No; no se configura ese hecho con la connotación indicada porque, precisamente, la omisión de la autoridad fue la que permitió el fácil accionar de los delincuentes. Recuérdese que mientras existió el puesto de policía de "El Tomate" la región estaba en calma y se podía trabajar.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Confírmase la sentencia dictada el 11 de diciembre de 1991 por el tribunal administrativo de Córdoba, en sus numerales 1, 4, 5 y 6.

Revócanse los numerales 2 y 3 los que quedarán así:

Condénase a la misma entidad a pagar por perjuicios materiales (daño emergente y lucro cesante) a los demandantes citados, la suma de CATORCE MILLONES SETECIENTOS VEINTIUN MIL SETECIENTOS PESOS CON OCHENTA Y CUATRO CENTAVOS M/CTE ($14.721.700.84).

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE.

Se deja constancia que esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en su sesión de fecha septiembre 17 de 1992.

Daniel Suárez Hernández, Presidente Sala; *Carlos Betancur Jaramillo, Juan de Dios Montes Hernández, Julio César Uribe Acosta.*

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.-

ACCION IN REM VERSO/ ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA

En subsidio de la procedibilidad de otra acción y frente a una realidad que no puede desconocerse, la de *in rem verso* encuentra su justificación en la equidad y respaldo jurídico en la medida que impide un enriquecimiento sin causa al permitir en estos casos obtener de los entes estatales el reintegro de las sumas gastadas por los particulares en la construcción de obras que ingresan al patrimonio oficial, pero que se realizaron con desconocimiento de un contrato o por fuera de él. Las obras materia del asunto *sub lite* se ejecutaron en la intención de cumplir con ellas unas obligaciones que impuso la misma administración pero por vía extracontractual y al no pagarlas, sin ninguna causa jurídica justificativa obtuvo una ventaja patrimonial, con un empobrecimiento consecuencial y equivalente para el demandante.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.

Santafé de Bogotá, D.C., Septiembre veinticuatro (24) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente : *Doctor Juan de Dios Montes Hernández.*

Referencia: Expediente No. 6788. Actor : Jaime Uscátegui Borraez.

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial del demandante en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, de 9 de agosto de 1990,

adicionada el 7 de marzo de 1991, por medio de la cual adoptó las siguientes decisiones:

"1o. Declárase que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar obtuvo beneficio y se enriqueció injustamente al recibir y no pagar obras de ampliación y modificación realizadas con ocasión de la ejecución del contrato administrativo de obra pública No. 974 de 20 de noviembre de 1980 celebrado entre la citada entidad y el señor JORGE USCATEGUI BORRAEZ.

"2o. Declárase igualmente que el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR obtuvo beneficio y se enriqueció injustamente al no cancelar los derechos de celaduría correspondientes a la vigilancia de las obras de la ejecución del contrato No. 974 de 20 de noviembre de 1980 celebrado entre la citada entidad y el señor JORGE UZCATEGUI BORRAEZ, durante la época de suspensión de las mismas.

"3o. Como consecuencia de las anteriores declaraciones condénase al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR a pagar debidamente actualizadas con base en la fórmula establecida en la parte motiva de esta providencia, las siguientes sumas de dinero:

"3.1. La suma de un millón quinientos ocho mil cincuenta y cinco pesos con 13/100 ($1.508.055.13) correspondiente al acta No. 14, por concepto de obras adicionales.

"3.2. La suma de seis millones setenta y seis mil trescientos ochenta y siete pesos con 61/100 ($6'076.387.61) correspondiente al acta No. 15, por concepto de obras adicionales.

"3.3. La suma de quinientos un mil novecientos diez pesos con 25/100 ($501.910.25) retenidos como reserva para la cuenta final, conforme a la cláusula quinta del contrato.

"3.4. La suma de ochocientos ochenta y cinco mil trescientos tres pesos con 82/100 ($885.303.82) correspondientes al valor de los gastos de celaduría durante la época de suspensión de las obras objeto del contrato.

"4o. A la anterior condena se le dará cumplimiento en de (sic) los términos de los artículo 176 y 177 del C.C.A. "(fol. 196 y 197 C. 1).

"Adiciónase la sentencia de nueve (9) de agosto de mil novecientos noventa (1990) proferida por esta Sala dentro del proceso 84-D-1681 en la siguiente forma:

"5.- Deniéganse las demás súplicas de la demanda. " (folio 203 C. 1).

ANTECEDENTES PROCESALES

1.- *La demanda*. El día 28 de febrero de 1984, ante apoderado legalmente constituido y en ejercicio de la denominada acción de *in rem verso* Jorge Uscátegui Borraez formuló demanda contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar I.C.B.F., buscando satisfacer las siguientes pretensiones:

"PRIMERA.- Que existió utilidad o beneficio público (enriquecimiento del patrimonio estatal) en el resultado de la ejecución del Contrato Administrativo de Obra Pública No. 974 de 20 de noviembre de 1980, celebrado entre el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar I.C.B.F. -, establecimiento público de carácter nacional con sede en Bogotá, y el contratista doctor Jorge Uscátegui Borraez, para la construcción de la obra pública denominada "Centro de Observación y Recepción de Niñas de San Cristobal Norte", ubicado en la calle 163A No. 28 - 56 de la ciudad de Bogotá, como consecuencia de ejecución y entrega de obras adicionales y cambios de especificaciones con mayor costo de construcción ordenadas al contratista en oficio No. OD-058 de febrero 26 de 1981. suscrito por el Director Regional para Cundinamarca- Bogotá del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, doctor Antonio Bustos Esguerra, y de las cuales dan cuenta las Actas de entrega y recibo Nos. 14 (obras adicionales) y 15 (cambio de Especificaciones) de enero 24 y 25 de 1983, respectivamente, 3A, 6A y 8A de 1981 en las cuales se retuvo el 5% del valor de obras ejecutadas.

"*Segunda*.- Que, igualmente, existió beneficio público o enriquecimiento del patrimonio estatal en el resultado de la ejecución del Contrato Administrativo No. 974 de 20 de noviembre de 1980, celebrado entre el actor y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, establecimiento público de carácter nacional con sede en Bogotá, para la construcción de la obra pública denominada "Centro de Observación y Recepción de Niñas de San Cristobal Norte", ubicado en la calle 163A No. 28-56 de la ciudad de Bogotá, como consecuencia de la cancelación por el contratista, doctor Jorge Uscátegui Borraez, del servicio de celaduría en la citada obra (Salarios, aportes patronales al Sena, al I.C.B.F y a la Caja de Compensación Familiar, y prestaciones sociales) durante el lapso comprendido entre el 14 de octubre de 1981 y el 31 de diciembre de 1982, durante el cual la obra contratada duró paralizada por carencia de recursos presupuestales en el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar para la ejecución total de aquélla, según lo acordado entre contratista y entidad contratante en Acta No. 10 de octubre 14 de 1981, y lo cual era de cargo de la entidad contratante.

"*Tercera*.- Que, como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de restablecimiento del derecho, se condene al establecimiento público de carácter nacional denominado "Instituto Colombiano de

Bienestar Familiar", con sede en Bogotá y representado legalmente por su Directora General Leonor Uribe de Villegas, o por quien haga sus veces, a reconocer y pagar al doctor Jorge Uscátegui Borraez, dentro del término previsto en la ley, las siguientes sumas de dinero:

"a) La cantidad de un millón quinientos ocho mil cincuenta y cinco pesos con trece centavos ($1.508.055.13) M/cte., actualizada teniendo en cuenta el art. 178 del Decreto Ley 001 de 1984 (nuevo C.C.A.) e incrementada con sus rendimientos económicos (intereses legales) desde que se causaron (enero 24 de 1983), por concepto del valor de las obras adicionales ordenadas por la Dirección Regional para Bogotá y Cundinamarca del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar mediante oficio OD-058 de Febrero 26 de 1981 y entregadas efectivamente a éste por el Acta de Recibo de obra No. 14 de 24 de enero de 1983, suscrita por el contratista y los representantes del Instituto y de la Auditoría Fiscal de la Contraloría ante el I.C.B.F.

"b) La cantidad de Seis millones setenta y seis mil trescientos ochenta y siete pesos con sesenta y un centavos ($6.076.387.61) M/cte., actualizada teniendo en cuenta el art. 178 del Decreto Ley 001 de 1984 (nuevo C.C.A.) e incrementada con sus rendimientos económicos (intereses legales) desde que se causaron (enero 25 de 1983), por concepto del valor de cambio de especificaciones en la obra contratada ordenadas al actor por la Dirección Regional para Bogotá y Cundinamarca del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar mediante oficio No. OD-058 de febrero 26 de 1981 y entregadas efectivamente a éste por el Acta de Recibo No. 15 de 25 de enero de 1983, suscrita por el contratista, los representantes del Instituto demandado y la Auditoría Fiscal de la Contraloría ante el Contratante.

"c) La cantidad de Quinientos un mil novecientos diez pesos con veinticinco centavos ($501.910.25) M/cte., actualizada teniendo en cuenta el art. 178 del Decreto Ley 001 de 1984 (nuevo C.C.A) e incrementada con sus rendimientos económicos (intereses legales) desde que se causaron (octubre 4 de 1983), retenida como reserva para la cuenta final según la cláusula quinta del Contrato de Obra No. 974 de 1980 celebrado entre el actor y la entidad demandada, según las Actas Nos. 03A, 06A y 08A de marzo 17, julio 8 y agosto 13 de 1981 correspondientes a obras adicionales y cambios de especificaciones en la obra ordenados, efectuados, recibidos y pagados.

d) La cantidad de ochocientos ochenta y cinco mil trescientos tres pesos con ochenta y dos centavos ($885.303.82) M/cte., actualizada teniendo en cuenta el art. 178 del Decreto Ley 001 de 1984 (nuevo C.C.A.) e incrementada con sus rendimientos económicos (intereses legales) desde que se causaron (octubre 4 de 1983), por concepto del valor del servicio

de celaduría en la obra pública denominada "Centro de Observación y Recepción de Niñas de San Cristobal Norte" de la ciudad Bogotá (salarios, aportes patronales al Sena, a la Caja de Compensación Familiar, al I.C.B.F., al I.S.S. y prestaciones sociales), pagado por el contratista durante el lapso comprendido entre el 14 de octubre de 1981 y el 31 de diciembre de 1982, durante el cual la obra pública citada duró paralizada por razón de carencia de recursos presupuestales por el Instituto Col. de Bienestar Familiar, según Acta No. 10 de 14 de octubre de 1981 de paralización de obra.

"e) Las cantidades líquidas que en la sentencia se reconozcan devengarán intereses comerciales, durante los seis meses siguientes a su ejecutoria y moratorios después de dicho término, en los términos del inciso final del art. 177 del decreto 001 de 1984.

La causa petendi, se hizo consistir en los siguientes hechos:

"1o.- El día 20 de noviembre de 1980, se perfeccionó y celebró un contrato de Obra Pública entre el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, establecimiento público del orden nacional con sede en Bogotá, y el doctor Jorge Uscátegui Borraez, que tenía por objeto la construcción y remodelación del "Centro de Observación y Recepción de Niñas de San Cristóbal Norte", ubicado en la calle 163A No. 28-56 de la ciudad de Bogotá, por un valor estimado de $22.537.894.51.

"2o.- Mediante Contrato adicional de 27 de noviembre de 1980, celebrado entre las mismas partes, se modificó la cláusula vigésima-sexta sobre "Reajuste de Precios " del precitado contrato No. 974 de 1980, para efectos de regular la "actualización de precios".

"3o.- El día 26 de febrero de 1981, mediante Oficio No. OD-058 de esa fecha, el doctor Antonio Bustos Esguerra, actuando en su condición de Director Regional para Cundinamarca-Bogotá del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, se dirigió al contratista Dr. Jorge Uscátegui B. para informarle sobre las obras adicionales y cambios de especificaciones acordados con la Interventoría de la obra durante visita efectuada a ésta el 24 del mismo mes y año, y en donde, además, le solicitaba que esas obras se ejecutarán simultáneamente con las obras contractuales, previa presentación del estudio de costos y valor, para lograr que el programa inicial no se efectuará.

"4o.- Para atender a la orden impartida al contratista sobre obras adicionales y cambio en las especificaciones a realizar en la ejecución del citado contrato 974 de 1980, se celebraron entre el Instituto Col. de Bienestar Familiar y el contratista Jorge Uscátegui, conforme a la ley contractual de la Nación vigente en ese entonces (Decreto Ley 150 de

1976), entre otros, dos contratos adicionales relacionados con el valor o precio del contrato, a saber: 1) el contrato adicional de fecha 21 de abril de 1981, por el cual se adicionó el contrato principal en la suma de $2.900.348.84, para atender el costo del cambio de especificaciones ordenado y aprobado por la Unidad de Construcciones de la Regional Cundinamarca y Bogotá del Instituto, que pasó a ejercer la interventoría de la obra ante el retiro del Interventor inicial, arquitecto Julio Ortiz R. Esta adición contaba con la correspondiente reserva o apropiación presupuestal y el contratista pagó los derechos de publicación en el Diario Oficial, según consta en recibo No. 136241 de abril 24 de 1981, que se anexa. 2) El contrato adicional de 24 de junio de 1982, por el cual se modificaron entre otras cláusulas la Cuarta (Valor del Contrato), en el sentido de pactar la adición al valor del contrato en la suma de $ 11.723.573.77, de los cuales $ 7.137.856.25 corresponderían al valor de obras adicionales ordenadas por el Instituto, ejecutadas y recibidas por Actas Nos. 06 y 08 de junio 18 y agosto 13 de 1981, quedando el saldo de $4.585.717.52 como reserva presupuestal para atender al pago del valor de los cambios de especificaciones de la obra ordenados al contratista, según el ya citado oficio OD-058 de 26 de febrero de 1981, suscrito por el Director Regional del Instituto para Cundinamarca-Bogotá.

Esta adición, igualmente, contaba con la correspondiente reserva o apropiación presupuestal, y el contratista pagó los derechos de su publicación en el Diario Oficial, según consta en Recibo No. 17125 de julio 2 de 1982, que se anexa.

5o.- Por carencia de recursos presupuestales por parte del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, la ejecución de la obra se suspendió, de común acuerdo entre las partes según da cuenta el Acta de suspensión de Obra No. 10 de octubre 14 de 1981, entre el citado 14 de octubre de 1981 y el 31 de diciembre de 1982, debiendo durante este término el contratista cancelar el servicio de celaduría en la obra para evitar sustracciones o hurtos, con un costo de $885.303.82 causados por concepto de salarios, prestaciones sociales, aportes patronales al Instituto de Seguro Social, al Sena, al Instituto de Bienestar Familiar y a la Caja de Compensación Familiar, los cuales no fueron reintegrados o pagados a mi representado, como consta en la Aclaración al Acta de Liquidación del Contrato no. 974 de 1980, levantada el 4 de octubre de 1983, por corresponder a un costo "extracontractual que no ha sido autorizado legalmente."

"6o.- Ante la imposibilidad de ejecutar en su totalidad la obra contratada, debido a la carencia de recursos presupuestales por parte del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, éste y el contratista de común acuerdo resolvieron dar por terminado el contrato en el mes de enero de 1983 y proceder a su liquidación, previa "Medición" y recibo de las obras

adicionales y cambios de especificaciones realmente realizadas, de lo cual se dejó expresa constancia en las Actas Nos. 14 (obras adicionales) y 15 (cambios de especificaciones) de enero 24 y 25 de 1983.

"7o.- Efectuado el trabajo de Liquidación del Contrato de Obra No. 974 de 1980 por la arquitecta designada por el I.C.B.F., con la intervención de mi representado y del señor Auditor de la Contraloría ante el Instituto, de lo cual se deja constancia en el Acta de Liquidación de 28 de febrero de 1983 y en la cual aparece un saldo a favor del contratista de $11.846.735.19, se somete a la aprobación del Director General del establecimiento público contratante.

"8o.- En razón de las objeciones de índole legal que al trabajo de Liquidación del precitado contrato le hace la Subdirección Jurídica del Instituto, la Dirección General del mismo se abstiene de impartirle su aprobación o visto bueno al susodicho trabajo de liquidación del Contrato 974 de 1980.

"9o.- Enterado el contratista, hoy actor en este proceso, de dicha circunstancia por la Subdirección Jurídica del Instituto, por conducto del suscrito apoderado se dirige al señor Director General del Instituto de Bienestar Familiar, en oficio que se anexa y que fue presentado en el citado Instituto el 11 de agosto de 1983, en el cual se insiste en que, de todas maneras, es necesario proceder a la liquidación del contrato por así ordenarlo la ley para determinar quién le sale a deber a quién, bien aprobándose el trabajo de liquidación efectuado por la arquitecta Nubia Latorre, o bien profiriendo resolución o providencia administrativa ordenando rehacer la liquidación del citado contrato, para excluir de dicha liquidación las sumas de dinero que constan en las Actas Nos, 14 y 15 de enero de 1983, relativas a obras adicionales efectuadas sin contrato adicional previo y a mayor valor o costo de partes de la obra por cambio de especificaciones, realizadas igualmente sin existir el previo contrato adicional que contemplará el aumento del valor o precio del contrato. En este último evento, el contratista dejaría constancia de que se reservaba el derecho a reclamar ante los jueces administrativos la correspondiente indemnización, en razón de la existencia de utilidad o beneficio público en la ejecución de dichos trabajos no amparados por contrato adicional.

"10o.- Mediante oficio dg-1380 de agosto 18 de 1983, dirigido al suscrito apoderado del contratista por la señora Directora General del I.C.B.F., ésta le comunica al suscrito que se ha dispuesto atender la petición subsidiaria relativa a que se profiera resolución o providencia ordenando a la liquidadora rehacer la liquidación del contrato 974 de 1980, en razón de haberse efectuado obras adicionales y cambios de especificaciones sin contrato adicional, con el fin de que se le pudieran

cancelar al contratista las otras sumas de dinero adeudadas. Y es así, como parece, que la citada Dirección profiere la Resolución No. 1933 de agosto 23 de 1983, ordenando rehacer la liquidación del contrato en los términos dichos.

"11o.- Con fundamento en la precitada resolución y siguiendo la liquidadora las instrucciones impartidas por la Subdirección Jurídica del I.C.B.F. en los oficios Nos. dvj-2079, dvj-2270 y dvj-2317 de agosto 2, agosto 25 y agosto 30 de 1983, se produce la Liquidación final del Contrato 974 de 1980, mediante la elaboración de un Acta Aclaratoria a la Liquidación inicial, que lleva fecha octubre 4 de 1983, en la cual se deja constancia de los siguiente:

"a) Se autoriza al contratista para presentar Cuenta de Cobro por valor de $1.960.962.18, correspondiente al saldo que arroja la liquidación de la obra legalmente contratada y efectivamente realizada.

"b) Se determina el "Mayor valor resultante por cambio de especificaciones, cancelando y sin cancelar "en la obra contratada, evaluado según Acta de entrega y recibo de obra No. 15 de enero 25 de 1983, en la cantidad de $6.076.387.61.

"c) Se determinan las "Obras adicionales cuyo pago no es procedente" por no existir el previo contrato adicional, avaluada según Acta de entrega y recibo de obra No. 14 de enero 24 de 1983, en la suma de $1.508.055.13.

"d) Se determina el valor de las "Obras cuyo pago no es procedente", por tratarse de obras adicionales o de cambio en las especificaciones de la obra, realizadas sin existir contrato adicional, en la suma de $7.584.442.74, que es el resultado de sumar las obras adicionales sin contrato adicional realizadas por un valor de $1.508.055.13, y el valor del cambio de especificaciones en la obra sin contrato adicional igualmente por un valor de $6.076.387.61.- A todo ello se le agrega la cantidad de $501.910.25, valor de las retenciones del 5%, retenidas al contratista en las actas Nos. 03A (cambio de especificaciones), 06A y 08A (obras adicionales) ya canceladas, quedando por cancelar dichas sumas retenidas para ser tenidas en cuenta en la liquidación del contrato.

"e) Finalmente, se deja constancia en la Aclaración al Acta de liquidación del contrato No. 974 de 1980, que "en cuanto a la cuenta presentada por concepto de celaduría durante el término de suspensión de la obra por $885.303.82, no es viable cancelarlo dado que es un costo extracontractual que no ha sido autorizado legalmente".

"12o.- Al final de dicha Aclaración al Acta de Liquidación del Contrato 974 de 1980 celebrado entre el actor y el Instituto demandado, mi representado vuelve a dejar constancia de que deja a salvo su derecho para reclamar los valores correspondientes a: 1o. Valor de las obras adicionales ejecutadas y no liquidadas por no existir contrato adicional; 2o. Valor de los mayores costos por cambio de especificaciones impuestas por la entidad contratante, no liquidados y pagados por la misma causa; 3o. Valor de los gastos de celaduría causados durante el término de suspensión del contrato, dispuesto por la entidad contratante, no liquidados y pagados. Con esa salvedad y constancia, firma la Aclaración al Acta de Liquidación del contrato, que entonces sí es aprobado por la Dirección General del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

"13o.- En el mes de enero de 1984, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar cancela al actor en este juicio, la suma de $1.960.962.18 que, según la Liquidación del contrato 974 de 1980 salió a deber al contratista quedando pendientes los demás valores a que antes nos hemos referido y los cuales se controvierten en este proceso." (folio 54 a 57 C.1).

Los fundamentos sustanciales a la naturaleza de la acción, están explicados de manera amplia en los fls. 57 a 59.

2.- *Trámite de la primera instancia*.- La Entidad se notificó del auto admisorio y a través de apoderado contestó la demanda (fls. 80 a 83). Destaca en su escrito, que el Gerente General y representante legal del organismo en ningún momento posterior al de la suscripción del convenio ordenó variar las especificaciones originales de las obras y menos aún la ejecución de trabajos adicionales. Seguidamente, precisa que ellas fueron dispuestas por un funcionario de la entidad que carecía de facultad para ello y que de parte del contratista hubo culpa al realizarlas en esas condiciones irregulares, en consecuencia, pide que para el caso de condena ésta se haga sin reconocer rendimientos o intereses.

Puntualiza que deben negarse los costos que se cobran por concepto de celaduría "ya que esto daría pie para que en futuras ocasiones y ante circunstancias similares a estas los señores contratistas ejecuten obras sin el lleno de los requisitos legales, a sabiendas de que posteriormente en juicio les serán cancelados con grandes rendimientos".

Para terminar, solicita que por expertos se dictamine si las obras de que trata el *sub-lite* eran necesarias o simplemente resultan suntuarias y además, vincular al proceso al Doctor Antonio Bustos Esguerra, Ex-director de la Regional Bogotá-Cundinamarca para que responda también patrimonialmente, pues fue él quien dispuso realizarlas, pese a que estaban por fuera de la relación convencional y carecía de autorización para ese efecto.

Vencido el término probatorio, se corrió traslado para que las partes presentaran sus alegatos de conclusión; ejercitó su derecho únicamente la entidad demandada, con el escrito visible a los folios 169 y 170, en el que reitera los planteamientos que expuso al dar respuesta al libelo inicial del proceso.

El Fiscal del Tribunal, considera que las pretensiones del libelo demandatorio están llamadas a prosperar. En lo relacionado con las obras adicionales y aquellas en que se modificaron las especificaciones "iniciales, en virtud de hallarse probado que la administración las solicitó y recibió con indudable enriquecimiento del patrimonio público, motivo por el cual debe restituirse su valor a quien las ejecutó; respecto de las sumas retenidas en cuantía de $501.910.15, en la medida que se demuestre que en la cuenta final no aparece cubierto ese remanente y; en cuanto al costo de la celaduría, porque la suspensión de las labores se debió a la falta de recursos de la administración, lo cual obligó al demandante a contratar esa vigilancia para que no se destruyeran las obras ya realizadas o se produjera la sustracción de los materiales" y esa nueva erogación tiene su causa indiscutible en aquella falla administrativa (falta de recursos) que no tiene por que soportarla el contratista" (fls.173 a 183).

3.- *La sentencia apelada*.- Luego de historiar los antecedentes y de apreciar el acervo probatorio, el Tribunal deduce que a solicitud y con el consentimiento de la Entidad demandada se ejecutaron las obras objeto de la controversia, las cuales recibió e ingresó a su patrimonio, sin que hubiera pagado por ellas.

En tales circunstancias, para el *a-quo* se hallan reunidos los presupuestos axiológicos absolutamente indispensables para acoger las súplicas de la demanda, respecto de lo cual expresa:

> "Como la acción aquí intentada es la denominada por la jurisprudencia y la doctrina como la acción de *IN REM VERSO*, entra la Sala a determinar si se dan los elementos exigidos para su prosperidad. Tradicionalmente, se ha señalado que dicha acción no puede prosperar si no se presenta un enriquecimiento injusto de una parte, un empobrecimiento correlativo de otra y un daño que sufrirá aquél de no serle reembolsado o cancelado lo gastado; obviamente, el valor del provecho debe comprobarse plenamente. Finalmente, el desequilibrio que se produce en los dos patrimonios no debe tener causa jurídica, por cuanto, su existencia, vrg. un contrato, desplaza cualquier posibilidad de un enriquecimiento sin causa.
>
> "De lo probado en el presente proceso, se encuentra que el I.C.B.F ordenó la construcción de obras adicionales y cambió las modificaciones de algunas de las contratadas, lo que llevó al contratista a ejecutar dichas

obras, sin que posteriormente se le hubieran cancelado, no obstante, haber sido reconocidas en el acta de liquidación.

"Así las cosas, encuentra la Sala, que el actor se disminuyó en su patrimonio al ejecutar las obras solicitadas, al paso que el I.C.B.F. lo incrementó al hacerlas suyas, sin haber pagado por ellas. Como el actor ni tiene otra acción para hacer valer sus derechos, es claro que podía intentar la acción IN REM VERSO para obtener el pago de lo que se le adeuda. (fols. 192 y 193 C. 1).

Luego de citar la jurisprudencia que aplica a estos casos el Consejo de Estado y con base en las propias inferencias que logra de la realidad recogida en el proceso, condena a la administración al pago de las sumas que reclama el contratista, actualizado su valor histórico desde las siguientes fechas: a).- Desde cuando se recibieron las obras, que lo fueron con las Actas Nos. 14 y 15 de 24 y 25 de enero de 1983, respectivamente; b).- El resto, a partir del 4 de octubre de 1983, oportunidad en la cual se suscribió el Acta de Liquidación Final del Contrato.

Para efecto de aquella revaloración, el Tribunal dispuso aplicar los índices de precios al consumidor al por mayor certificados por el DANE, por el período comprendido entre las actuaciones que se dejaron enlistadas y la ejecutoria del fallo.

Previa petición del demandante, el Tribunal con fecha 7 de marzo de 1991 adicionó aquella providencia para declarar la impropiedad de la pretensión de reconocimiento de intereses compensatorios, o sea que negó las demás pretensiones del libelo demandatorio (fls. 202 y 203).

4.- *La segunda instancia.*- Inconforme con la decisión en lo desfavorable a sus intereses, la parte actora la apeló y solicita revocarla para que en su lugar, se acceda al pago de rendimientos económicos equivalentes al interés técnico del 6% anual.

De los planteamientos que hace el recurrente para sustentar su petición, merecen destacarse los siguientes apartes:

"b).- *Procedencia del recurso desde el punto de vista sustantivo.*-

"En la sentencia apelada, sin fundamento legal alguno, y en contra el la reiterada jurisprudencia del H. Consejo de Estado sobre el particular, se deniegan las pretensiones relativas a la condena de pago del 'interés puro o técnico' del 6% anual sobre el capital histórico.

"En efecto, ha dicho el Consejo de Estado:

"' Toda indemnización debe ser íntegra y completa, ha dicho la Sala en jurisprudencia reiterada. Así en fallo de 20 de Marzo de 1980, expediente 1379, consejero ponente, Doctor Carlos Betancur Jaramillo dijo"

"'Toda indemnización debe ser íntegra y completa, de modo que compense para su acreedor el daño que se le produce con el no pago oportuno de la obligación. Así, debe comprender no sólo el rendimiento que dejo de percibir, traducido ordinariamente en intereses, sino también la pérdida del valor adquisitivo de la moneda con la que se pretende pagar. En este orden de ideas el equilibrio o la justeza de la indemnización debe mostrar ésta o similar ecuación; indemnización debida igual a deuda en la fecha del perjuicio. más intereses hasta que el pago se efectúe, más devaluación.

"' Los rubros de devaluación e intereses puros no se excluyen entre sí, puesto que tienen causas diferente. (sic) Los intereses buscan compensar el perjuicio sufrido por la privación temporal del uso del capital, en tanto que la compensación por depreciación monetaria, según Zanobini, se dirige a mantener indemne el patrimonio del acreedor que sufriría menoscabo si recibiese como reparación el monto del caño -(sic) originario en signo monetario envilecido. Se habla de intereses puros porque los bancarios corrientes llevan en su seno una parte que busca compensar la incidencia del fenómeno inflacionario. De allí que no sería equitativo revaluar y cobrar esa clase de intereses.'

"' Estima la Sala que el extremo de la devaluación deberá reconocerse, porque el concepto 'indemnización' , que busca o pretende volver las cosas al estado anterior, ordinariamente por equivalencia, lo implica. No es justo que las obligaciones dinerarias sigan sometidas hoy para efectos de solución al sistema nominalista, máxime cuando la inflación golpea desde hace varios años en forma alarmante la economía colombiana y cuando los organismos estatales mismos aceptan índices de evaluación del 18% a aún mayores.

""... Dadas las fechas (sic) en que el INCORA debió pagar las distintas sumas, el reconocimiento de intereses es perfectamente viable. Pero aquí debe hacerse una precisión , porque si al crédito reajustado en función de la depreciación sufrida durante el lapso transcurrido entre la fecha del acaecimiento del hecho perjudicial y el pago, se le suma el interés que es lo que ha dejado de ganar el acreedor por falta de inversión de sus fondos excluyendo el plus del interés que tiene, como se dijo, otra función'.

""En este orden de ideas puede decirse con Castello, citado por Zannoni, en su obra 'revaluación de obligaciones dinerarias' (Astrea 1977) que la 'actualización monetaria rescata el valor perdido por el capital, mientras

que los intereses están llamados a indemnizar al acreedor por el uso del capital durante todo el tiempo de la mora'.

""En otros términos, la actualización monetaria hace referencia al daño emergente y los intereses del lucro cesante, en la idea anterior...." (sentencia de julio 25 de 1985 de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso, ponente Doctor Julio César Uribe Acosta, exp. 2963, Anales, Tomo CIX, números 487-488, Segundo Semestre de 1985, pág. 380 y ss).

"En síntesis: El Consejo de Estado siempre en todos estos procesos de carácter contractual ha reconocido los rendimientos económicos de las sumas debidas por acrecentamiento sin causa del patrimonio público.

"Ahora bien: la acción contractual - art. 87 del C.C.A. - de ahora, así esté regulada por norma propia, no es mas que una acción de aquellas que la doctrina y la jurisprudencia francesa denomina "acción de plena jurisdicción", terminología que siguió el legislador y la doctrina nacional hasta la expedición del actual Código Contencioso Administrativo, cuando se le sustituyó por la primeramente llamada de "restablecimiento del derecho" y posteriormente por la de "nulidad y restablecimiento del derecho", es decir, que no solo se puede pretender a través de ella el restablecimiento de un derecho, sino igualmente la indemnización de perjuicios. En otras palabras, no es cierto, como se afirma en la sentencia recurrida, que la acción contractual colombiana cuando se funda en el principio civilista del 'enriquecimiento sin causa' de aplicación en materia de contratación administrativa, sea de carácter eminentemente compensatorio, a diferencia de la de restablecimiento del derecho de carácter o claro perfil indemnizatorio.

"Por estas consideraciones, considero que la sentencia debe ser revocada en cuanto por su numeral 5o. se negaron las demás pretensiones de la demanda, en especial las relativas a la condena de pago de los rendimientos económicos equivalentes al interés técnico o puro del 6% anual." (fls 213 y 214 Cdno.1).

Para la señora Fiscal Segunda de la Corporación, Doctora Edné Cohen Daza, el *a quo* estuvo acertado en sus análisis y conclusiones y por la misma razón, es del criterio que se confirme el proveído objeto de la impugnación.

En apoyo de sus conclusiones, la Vista Fiscal discurre de la siguiente manera:

"Sea lo primero anotar, en relación con el recurso interpuesto, que la jurisprudencia que en él se transcribe no se refiere de manera específica a la aplicación de la acción de *in rem verso*.

"Por su especial naturaleza y teniendo en cuenta las circunstancias que debe existir para que se aplique la teoría del enriquecimiento sin causa, resulta improcedente pretender aplicar la jurisprudencia citada por el recurrente.

"Cuando se invoca como sustento de la acción el enriquecimiento sin causa, lo que se persigue es el restablecimiento del equilibrio causado, La obra que en este caso realizó el contratista y que entró al patrimonio de la entidad demandada, causó correlativamente un empobrecimiento en el patrimonio del actor.

"Ese desequilibrio patrimonial, que no puede ser resuelto a través de ninguna otra acción, debe ser restablecido por equidad, correspondiendo a quien acrecentó su patrimonio, restituir lo correspondiente a la parte afectada, o que soportó el empobrecimiento. El contratista tiene pues derecho a que se le restablezca su patrimonio, pero solamente en la medida en que se empobreció; de ahí que no se pueda pretender una indemnización a título de perjuicios. Así lo ha dicho la Sección Tercera en varias ocasiones.

Por ejemplo en sentencia de diciembre 11 de 1984, Expediente No. 4070 se dijo: 'No accederá la Sala al reconocimiento de intereses a la tasa del 6% anual desde el 25 de agosto de 1982, porque la condena se hará a título de restablecimiento del equilibrio roto por el enriquecimiento estudiado y no a título de perjuicios'.

"Similar pronunciamiento se hizo en sentencia de septiembre 6 de 1991, Expediente No. 6306.

"Cuando el Tribunal negó la condena por concepto de intereses pretendidos por la parte actora, lo hizo con acierto y las razones que tuvo para hacerlo se ajustan a lo sostenido por esta Corporación." (folios 226 y 227 C. 1).

LA SALA CONSIDERA

Para la Sala, el fallo recurrido deberá confirmarse con las modificaciones que se precisarán más adelante, pues los supuestos sustanciales y fácticos propios de la naturaleza de la acción *in rem verso* fueron correctamente evaluados por el *a-quo*. En efecto:

1.- En subsidio de la procedibilidad de otra acción y frente a una realidad que no puede desconocerse, la de *in rem verso* encuentra su justificación en la equidad y respaldo jurídico en la medida que impide un enriquecimiento sin causa al permitir en estos casos obtener de los entes estatales el reintegro de las sumas gastadas por los particulares en la construcción de obras que

ingresan al patrimonio oficial, pero que se realizaron con desconocimiento de un contrato o por fuera de él.

La doctrina y la jurisprudencia han delimitado bien el ámbito de su dominio y aplicación. Sus supuestos y efectos han sido expuestos por esta Sala en diversas oportunidades, de las cuales, a título de ejemplo se destacan las siguientes: Sentencia de Agosto 6 de 1982 (Expediente 3886, Actor: Conic Ltda.); Sentencia de 3 de Julio de 1990 (Expediente No. 5579, Actor: Proyectos y Construcciones S.A.); Sentencia de 22 de Febrero de 1991 (Expediente No. 5618, Actor: Ingecos Ltda) y Sentencia de 15 de Noviembre de 1991 (Expediente No. 5883, Actor: José Antonio Velasco Pardo, en las cuales actuó como ponente el Consejero doctor Carlos Betancur Jaramillo; y finalmente en la sentencia de 10 de septiembre de 1.992 (expediente No. 6822, Actor: Sociedad Suramericana de Construcciones S.A.), en la cual, con ponencia del Dr. JULIO CESAR URIBE ACOSTA, expresó: "SUBSIDIARIDAD DE LA ACCION.

La Sala encuentra que el demandante ejercitó la acción que correspondía.

En puridad de verdad no podía poner en marcha la contractual, por sustracción de materia. Por ello la Corporación patrocina la perspectiva jurídica que el apoderado de la parte actora manejó a lo largo del proceso, y, particularmente en sus alegatos, cuando discurre dentro del siguiente perfil:

"La obligación de reparar no tiene en este caso su origen en ningún contrato, pues éste no llegó a celebrarse, sino en el hecho de haberse ejecutado unas obras por entidad particular a instancias y por instrucciones de la entidad oficial en terrenos de esta (sic) última y que le han producido un beneficio, que equivale al empobrecimiento de la sociedad que represento. En tales condiciones y no existiendo disposición especial en lo contencioso administrativo, la fuente de la obligación cuyo reconocimiento se impetra es la propia ley que consagra el principio según el cual nadie (incluidas las entidades públicas) puede enriquecerse a costa de otros. Este principio general de derecho está consagrado en varias disposiciones del Código Civil como los artículos 2304, 2313, a 2321, 1747, 2120, 2243, en otros y para hacerlo valer, el Derecho tiene instituida desde el tiempo de los romanos la "*Actio in rem verso*" la cual según jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de Justicia se fundamenta, además, en los artículos 5o, 8o y 43 de la ley 53 de 1.887 (véanse sentencias de Casación de septiembre 6 de 1.935, de septiembre 19 de 1.936 de noviembre 19 de 1.930, sentencia de abril 14 de 1937, sentencia septiembre 6 de 1.940 y muchísimas otras más).

La doctrina europea y americana, así como la jurisprudencia nacional y extranjera admiten en el Derecho Administrativo la aplicación del

principio general de Derecho que sanciona el enriquecimiento injusto y reconocen la viabilidad del ejercicio de la "*actio in rem verso*" en el contencioso administrativo, según quedó expresado en la demanda, dentro del cauce procesal del artículo 86 del C.C.A. (C1, fol 181 y ss. ss).

D) Finalmente, la Sala desea reiterar la pauta jurisprudencial que fijó en sentencia de once (11) de Octubre de mil novecientos noventa y uno (1.991), Expediente No. 5686. Actor HENNIO PUBLICIDAD LTDA, demandado Beneficencia del Valle, Consejero Ponente, Dr. JULIO CESAR URIBE ACOSTA, en el cual se discurre dentro del siguiente universo:

"F) A manera de pedagogía jurídica y judicial, para las pautas jurisprudenciales puedan ser manejadas con todo su universo, la Sala desea recordar que la teoría del enriquecimiento sin causa no puede ser invocada, como fuente de las obligaciones, sin reflexionar a fondo sobre la realidad fáctica que le sirve de apoyo. Con esto se quiere significar que la administración y el particular no pueden poner en marcha, a cada momento, relaciones de hecho, para eludir la normatividad sobre contratación administrativa, y con la mira puesta en que posteriormente se impetrará de la justicia el reconocimiento económico correspondiente, gracias al ejercicio de la *ACTIO IN REM VERSO*. En la materia que estudia no puede perderse de vista, como reiteradamente lo ha expuesto la Corte suprema de Justicia, que hay casos en que la ley misma autoriza el enriquecimiento, como sucede con la prescripción, o cuando la repetición ha sido prohibida por mandato expreso de ella. En sentencia de 19 de Septiembre de 1.936 XLIV, 435, la alta corporación recordó:

"La acción *in rem verso* no puede prosperar ni tiene cabida con el solo hecho de que haya enriquecimiento de un lado, sino que necesita que haya empobrecimiento del otro y no basta la existencia de estos dos factores sino que se requiere su conjunción; más todavía, aún mediante ambos y relacionándose entre sí, PUEDE NO PRODUCIRSE, YA PORQUE HAYA HABIDO ANIMO DE LIBERALIDAD, QUE EXCLUYE EL COBRO ULTERIOR, ya porque la ley confiera acciones distintas que naturalmente excluyen a esa, meramente subsidiaria O AUTORICE EL ENRIQUECIMIENTO EN REFERENCIA, como sucede, vbgr con la prescripción, con la PROHIBICION DE REPETIR LO DADO POR CAUSA ILICITA, o en relaciones como la de que es ejemplo el artículo 1.994 del C.C..."

"A su turno el Dr. Alvaro Pérez Vives, sobre el partícula enseña:

"Finalmente, no puede intentarse la acción que se deriva del enriquecimiento injusto cuando la repetición ha sido prohibida por cualquier mandato imperativo de la ley. Así, no podría repetirse lo que se ha dado por una causa u objeto ilícito (art.1525 del C.C.)" (Teoría

General de las Obligaciones. Volumen 1. Editorial Temis 1.953, pág. 332).

"Es incuestionable que en los tiempos que corren, la Administración, frente a lo que algunos tratadistas denominan LA FUERZA DE LOS HECHOS, se ve obligada a manejar relaciones de hecho, por razones de buena administración, pero para que en tales casos se ponga en marcha la teoría del enriquecimiento sin causa, es indispensable que ella no haya tenido otra alternativa razonable para salvar la situación de emergencia, como muy bien se destaca en la sentencia de esta Sala de 11 de Diciembre de 1.984, en antes citada. Para situaciones con tal temperamento, será el juez, en definitiva, quien al valorar todas las circunstancias particulares del caso, definirá si el pago se justifica o no. Vía indiscutiblemente incierta y peligrosa, pero a falta de una mejor, los administrados deben ser conscientes del riesgo que corren cuando sin mayor juicio y prudencia, patrocinan, con su conducta, el fraude a la ley".

2.- Al analizar la controversia de fondo, el acervo probatorio permite apreciar que entre el actor y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, a fecha de 20 de septiembre de 1980, se celebró un contrato para la construcción y remodelación del Centro de Observación y Recepción de Niñas de San Cristóbal Norte, en esta ciudad capital del país.

Cuando ya se adelantaban los trabajos, el Director de la Regional Bogotá-Cundinamarca sin tener facultad legal para ello ordenó el cambio de algunas de las especificaciones y obras adicionales, que fueron ejecutadas por el contratista con recursos propios.

En razón de que la Entidad carecía de la liquidez necesaria que demandaba el pago de las obras contratadas, mediante Acta No. 10 de 14 de octubre de 1.981, las partes de común acuerdo decidieron suspender la totalidad de los trabajos desde esa oportunidad hasta el 31 de diciembre de 1.982. En ese período, el contratista se vio abocado a asumir de sus propios recursos los mayores costos financieros que se generaron con esa paralización, y en ellos, los de celaduría para evitar daños a las construcciones que adelantaba o la sustracción de los materiales.

Los trabajos que se vieron sujetos a cambio en sus especificaciones iniciales, fueron contemplados por la Gerencia General del organismo demandado al decidir sobre la suspensión de la labores como se observa en el Contrato Adicional de 24 de junio de 1982 (fl. 23). Como bien lo reconocen las partes, las obras extracontractuales fueron hechas a instancia, bajo apremio y con complacencia de la administración; el Instituto las recibió a entera satisfacción, mediante las Actas Nos. 14 y 15 de 24 y 25 de enero de 1983 (fls. 28 a 36).

Vencido el término de suspensión y como la falta de recursos institucionales resultó crónica e insuperable, las partes acordaron dar por terminada la convención y liquidar tanto las obras derivadas de ella como las extracontractuales (fls. 42 a 52C).

En el dictamen rendido a instancia de las partes, los peritos conceptuaron que los trabajos que son objeto de esta controversia se elaboraron siguiendo los lineamientos técnicos regulares, con materiales de buena calidad y su estimación se halla ajustada a los precios unitarios del contrato. En lo relacionado con la retención de saldos y la celaduría, los peritos conceptuaron que se estimaron correctamente en el Acta de Liquidación definitiva (fols 103 a 109 y 42).

Con base en el análisis evaluativo de las pruebas, se concluye que las obras materia del asunto *sub lite* se ejecutaron en la intención de cumplir con ellas unas obligaciones que impuso la misma administración pero por vía extracontractual y al no pagarlas, porque en esas condiciones no podía hacerlo directamente, sin ninguna causa jurídica justificativa obtuvo una ventaja patrimonial, con un empobrecimiento consecuencial y equivalente para el demandante.

Por las razones antes expuestas y de acuerdo con la jurisprudencia aplicable a estos casos, la Sala estima que el fallo impugnado debe ser confirmado en lo fundamental por confluir los presupuestos fácticos y jurídicos propios a la acción incoada, así como porque conlleva a una solución justa y equitativa a los diferentes tópicos materia de la controversia.

3.- Deberá accederse a la pretensión del recurrente para que se condene a la administración a pagarle el interés técnico o legal sobre el capital que invirtió en la ejecución de las obras y actividades extracontractuales a que en el caso de autos dio lugar el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, con lo cual, por la naturaleza de la acción propuesta y la manera como ocurrieron los hechos, se cumple con el objetivo de restablecer el equilibrio roto con el enriquecimiento carente de causa.

La liquidación de intereses, comprende desde la fecha inicial señalada por el aquo hasta la de la providencia, que es el 24 de septiembre de 1.992, así:

1).- Acta No. 14:

$$\frac{1.508.055.13 \times 6\% \times 3.480.\ \text{días}}{36.000.} = 874.672.oo$$

2).- Acta No. 15:

$$\frac{6.076.387.61 \times 6\% \times 3..479.\ \text{días}}{36.000} = 3.523.292.oo$$

3.- Gastos celaduría y sumas retenidas para reserva:

$$\frac{1.387.214.07 \times 6\% \times 3.230\ \text{días}}{36.000} = 746.784.oo$$

En la actualización de la condena por daño emergente se seguirán las pautas señaladas por el *a quo*, pero los índices serán los precios al por mayor certificados por el Banco de la República (fol 233); entonces la fórmula quedará así:

$$V.P. = S \frac{\text{Indice Final}}{\text{Indice Inicial.}}$$ en donde:

V.P. : Es el valor presente.

S : La suma a actualizar

Indice Inicial: En lo concerniente a las cuentas Nos. 14 y 15 por un valor total de $ 7.584.442.74, será el de enero de 1.983, o de 1.454.2; respecto de los gastos de vigilancia y sumas retenidas para la reserva de un total de $ 1.387.214.07, el I.P.M será el de octubre de 1.983, o de 1.657.4.

Indice Final: Tendrá dos períodos, el primero de los cuales irá hasta diciembre de 1.990, por 8.249.6%; el segundo tendrá base de 100 e irá hasta julio de 1.992, por 139.4%.

a).- $$V.P. = 7.584.442.74 \frac{8.249.6.}{1.454.23.} = 43.026.144.15$$

$$43.026.144.15 \frac{136.4.}{100.00} = 59.978.445.$$

b).- $$V.P. = 1.387.214.07 \frac{8.249.6.}{1.454.2.2} = 7.869.592.34$$

$$7.869.592.34 \quad \frac{139.4}{100.00} = 10.970.212.00$$

En resumen, la condena quedará así:

Indemnización por DAÑO EMERGENTE $ 70.948.657.00

Indemnización por LUCRO CESANTE $ 5.144.748.00

En mérito de lo expuesto, el CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

MODIFICASE la sentencia apelada, la cual quedará así:

PRIMERO: DECLARASE que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar obtuvo beneficio y se enriqueció injustamente al recibir y no pagar obras de ampliación y modificación realizadas con ocasión de la ejecución del contrato No. 974 de 20 de noviembre de 1980 celebrado entre la citada entidad y el señor JORGE USCATEGUI BORRAEZ.

SEGUNDO: DECLARASE igualmente que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar obtuvo beneficio y se enriqueció injustamente al no cancelar los derechos de celaduría correspondientes a la vigilancia de la obra de ejecución del contrato No. 974 de 20 de Noviembre de 1980 celebrado entre la citada entidad y el señor JORGE USCATEGUI BORRAEZ, durante la época de suspensión de las mismas.

TERCERO: CONDENAR como consecuencia de la declaración hecha en los ordinales PRIMERO y SEGUNDO al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR a pagar a JORGE UZCATEGUI BORRAEZ: la suma de SETENTA MILLONES NOVECIENTOS CUARENTA Y OCHO MIL SEISCIENTOS CINCUENTA Y SIETE PESOS ($ 70.948.657.oo) MONEDA CORRIENTE, a título de daño emergente; y la suma de CINCO MILLONES CIENTO CUARENTA Y CUATRO MIL SETECIENTOS CUARENTA Y OCHO PESOS ($ 5.144.748.oo) MONEDA CORRIENTE, por concepto de lucro cesante

Las sumas así liquidada, devengarán intereses comerciales durante los seis (6) meses siguientes a la ejecutoria de este fallo y moratorios después de ese término.

CUARTO: DESE cumplimiento a los artículos 176 y 177 del C.C.A., para lo cual se expedirá copia íntegra de la sentencia, con constancia de su ejecutoria, con destino al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y a la parte actora. (Art. 115 de C.P.C.).

COPIESE, NOTIFIQUESE, CUMPLASE Y DEVUELVASE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

Se deja constancia que la providencia anterior fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de veinticuatro (24) de Septiembre de 1992.

Daniel Suárez Hernández, Presidente de la Sala; *Carlos Betancur Jaramillo, Juan de Dios Montes Hernández, Julio César Uribe Acosta.*

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

FALLA DEL SERVICIO DEL EJERCITO

El cadáver sometido a autopsia es absolutamente distinto al que por parte del Ejército le fue entregado para su sepultura a los familiares de aquel. La razón verdadera de la demanda radica en la irregular actuación del ejército no de los funcionarios de medicina legal, al permitir que el cuerpo sin vida de uno de los soldados fuera confundido o suplantado con otro para devolvérselo a sus familiares. Se quedó corto el cuerpo armado al permitir tamaña confusión de cadáveres, precisamente para entregarle o devolverle erradamente a la familia los restos de quien habían reclutado pleno de vida para prestar su servicio militar. Aquí radicó precisamente la falla del servicio, hubo un mal funcionamiento en el manejo, traslado, ubicación y entrega del cuerpo del soldado fallecido.

PERJUICIOS MORALES - Tasación

Surge a favor de los parientes el derecho a su indemnización por los perjuicios morales padecidos, los cuales la Sala estima en una suma equivalente en pesos a 500 gramos de oro fino por cada uno de los progenitores y a 250 gramos del mismo metal para cada uno de sus hermanos. Estas cantidades se consideran ajustadas a la circunstancia que rodea el caso, desde luego no se trata de resarcir el daño moral ocasionado por la muerte del soldado, sino por la equivocación del ejército al no haber restituido al cadáver correspondiente a sus familiares, como se lo imponen sus deberes, sino uno bien diferente.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.

Santafé de Bogotá, D.C., septiembre veinticuatro (24) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente : *Doctor Daniel Suárez Hernández*

Referencia: Expediente N°. 7066 Actor: Sergio Jiménez y Otros.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 6 de Septiembre de 1991, proferida por el Tribunal Administrativo de Córdoba, en la cual se negaron las pretensiones de la demanda y se condenó en costas.

I. ANTECEDENTES

1o. *Las pretensiones*

Sergio Jiménez y María Dolores Reyes, padres de Fredy Orlando Jiménez Reyes, quienes actúan en su propio nombre y en representación de su menor hijo Jorge Iván Jiménez Reyes; María del Carmen, John Jairo, Luis Carlos, Sergio Hernán, Guillermo León, José Humberto, María Yaned, Adriana Lucía, Diego Alberto y Nora Cecilia Jiménez Reyes, por conducto de apoderado y en ejercicio de la acción de reparación directa consagrada en el artículo 86 del C.C.A., el 7 de abril de 1989 formularon demanda ante el Tribunal Administrativo de Córdoba, para que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

"PRIMERA: La Nación por intermedio del MINISTERIO DE DEFENSA es responsable de los daños y perjuicios morales causados a Sergio Jiménez y María Dolores Reyes, ocasionados por los hechos de que fueron objeto, con relación a la entrega de un cadáver que presuntamente pertenecía al de su hijo FREDY ORLANDO JIMENEZ REYES, soldado secuestrado.

"SEGUNDA: La NACION por intermedio del MINISTERIO DE DEFENSA, es responsable de los daños y perjuicios causados a MARIA DEL CARMEN, JOHN JAIRO, LUIS CARLOS, SERGIO HERNAN, GUILLERMO LEON, JOSE HUMBERTO, MARIA JANED, ADRIANA LUCIA, DIEGO ALBERTO, NORA CECILIA y JORGE IVAN JIMENEZ REYES, por los hechos de que fueron objeto con la entrega de un cadáver presuntamente de su hermano FREDY ORLANDO JIMENEZ REYES.

"TERCERA: Condénense a la Nación Ministerio de Defensa al pago de 1000 gramos ORO a cada uno de los padres de FREDY ORLANDO JIMENEZ REYES, señores SERGIO JIMENEZ y MARIA DOLORES REYES, como indemnización por los perjuicios morales ocasionados con los hechos que se narran en esta demanda.

"CUARTA: Condénese a la Nación -Ministerio de Defensa al pago de 1000 gramo de ORO a cada uno de los hermanos de FREDY ORLANDO JIMENEZ REYES, como son: MARIA DEL CARMEN, JOHN JAIRO, LUIS CARLOS, JOSE HUMBERTO, GUILLERMO LEON, JANED DEL SOCORRO, ADRIANA LUCIA, SERGIO HERNAN, DIEGO ALBERTO, NORA CECILIA Y JORGE IVAN JIMENEZ REYES. Como indemnización por los perjuicios morales ocasionados por los hechos de esta demanda".

2o. *Los hechos*

Se relata en la demanda que Fredy Orlando Jiménez Reyes, hijo y hermano de los demandantes, fue llamado a prestar servicio militar en la ciudad de Medellín y enviado al Batallón Junín de la Décima Primera Brigada en Montería.

Cuando se encontraba en funciones inherentes al servicio, en zona rural del corregimiento de Betania, municipio Tierra Alta, el soldado Jiménez Reyes, el 10 de julio de 1988 fue secuestrado por elementos subversivos, hecho conocido por sus familiares merced a la información que de los mismos hicieron distintos medios noticiosos y que llevaron a su padre Sergio Jiménez García a preguntar en Montería sobre la suerte de su hijo, enterándose por un comunicado de Radio Cadena Nacional que su hijo había muerto pero no se había encontrado su cadáver.

El 20 de julio de 1.988, el Comandante del Batallón Junín, telefónicamente informó a la familia Jiménez Reyes el hallazgo el cadáver del soldado y que sería enviado a Medellín, luego de las diligencias correspodientes para hacer la necropsia. El cadáver supuestamente fue velado en cámara ardiente el 21 de julio en el Batallón Bomboná, sin embargo no se permitió a los familiares la vista del cadáver. Solo al momento de sepultarlo, pudieron verlo y encontraron que no era el de Fredy Orlando Jiménez, razón por la cual no culminaron el sepelio y devolvieron a los militares el cadáver.

Las diferencias físicas entre el cadáver que se iba a sepultar y el de Fredy Orlando Jiménez eran ostensibles, por edad, contextura, dentadura, cicatrices etc. Lo sucedido fue ampliamente publicitado periodísticamente y la Justicia Penal Militar inició la investigación correspondiente para establecer lo sucedido.

3o. *Actuación procesal*

Del auto admisorio de la demanda fue notificado el Ministerio de Defensa Nacional, quien en el mismo acto designó su apoderado. El Ministerio no contestó la demanda, pero en la oportunidad para alegar de conclusión sostuvo en el escrito de folios 230 a 233, que si la parte actora "*niega que el cadáver*

que se le entregó sea el de su hijo entonces en qué razones motiva o fundamenta el derecho que está reclamando si para que solicite dicha indemnización debe existir un muerto..." (Subrayas del texto). De lo anterior deduce que "estarían demandando entonces sobre una presunción de muerte que debería cumplir con los requisitos o condiciones exigidos por el artículo 657 del C. de P.C..." Solicita que se nieguen las peticiones de la demanda.

El Fiscal Primero del Tribunal considera que el cadáver remitido a Medellín no era el del soldado Jiménez Reyes. Estima que "Se quizo (sic) asaltar la buena fe de unas personas que tenían un miembro muy cercano de su familia... en la azarosa carrera militar...". Considera el agente del Ministerio Público "injustificable desde todo punto de vista que se pretenda engañar a estos familiares como ha quedado demostrado en el asunto que ventilamos, y que afortunadamente este hecho ha sido ventilado a la luz pública por la prensa nacional hablada y escrita, con lo cual se ha puesto de presente el engaño a la familia JIMENEZ REYES". Para finalizar, la Fiscalía solicita despachar favorablemente las súplicas de la demanda.

4o. *La sentencia apelada*

Luego de referirse a los testimonios recaudados sobre la identidad del cadáver del soldado Jiménez Reyes, infiere el Tribunal "sin lugar a dudas que el cadáver encontrado correspondía al soldado Fredy Orlando Jiménez Reyes". De la comparación entre la necropsia practicada en Montería y la exhumación del cadáver, hecha en Medellín, advierte contradicciones sobre el estado de la dentadura de los cadáveres y similitudes en cuanto al orificio en la mejilla y en la estatura, de donde infiere "que en Medellín se recibió el mismo cadáver al que presumiblemente se le hizo necropsia (sic) en la ciudad de Montería. Lo que no puede colegir el Tribunal es que el cadáver recibido en Medellín sea el mismo que se encontró en Tierralta (sic), debido a las contradicciones planteadas entre la necropsia (sic), la exhumación y los testimonios".

Afirma el *a-quo* que la prueba de la equivocación correspondía al actor y que la única prueba que se da es la exhumación del cadáver, la cual "si bien contradice la necropsia, (sic) no puede tener como fundamento de un fallo condenatorio por no estar corroborada por otros medios probatorios...". Estima además que no se demostró falta de diligencia y cuidado por parte del Estado en el hallazgo, identificación y remisión del cadáver, y concluye que "en el proceso no hay prueba suficiente que lleve a la conclusión de que en el desarrollo de la tragedia hubo falla en el servicio".

5o. *La apelación*

Inconforme con la sentencia absolutoria, el apoderado de la parte actora interpuso recurso de apelación, en escrito visible a folios 276 a 280, donde

cuestiona la fundamentación del fallo recurrido y sostiene que hay lugar a declarar la responsabilidad de la administración porque se dan los elementos que la configuran: el hecho, el perjuicio y la relación causal entre éstos, sin que la demandada hubiese demostrado la existencia de alguna eximente de responsabilidad. Posteriormente, el alegar de conclusión, reiteró lo expresado en la demanda y en el memorial de apelación.

La apoderada del ente demandado sostuvo en su alegato de fondo en esta instancia, la falta de respaldo probatorio "para aceptar que está acreditada la relación directa o el nexo de causalidad entre la posible falla de la administración y la presunta muerte del soldado de la cual no están acreditados por los medios de prueba idóneos en cada caso (acta de defunción y registro civil de defunción art. 107 C. C.), ni la muerte, ni la presunta muerte... ni la equivocación que se le imputa a mi patrocinado...", para concluir que se debe confirmar la providencia recurrida.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Para la Sala el fallo impugnado debe revocarse y las súplicas de la demanda deben despacharse favorablemente, por las siguientes razones:

- No comparte la Sala las conclusiones a que arriba el Tribunal con relación a las pruebas aportadas y el valor demostrativo que a las mismas se reconocen en la sentencia apelada.

Cabe advertir, para evitar equívocos, que la falla del servicio planteada en el caso bajo estudio se refiere, no al deceso violento del soldado Fredy Orlando Jiménez Reyes cuando prestaba el servicio militar obligatorio, sino a la situación que vivieron sus padres y hermanos, como consecuencia de la entrega para sepultarlo de un cadáver correspondiente a otra persona.

De la anterior precisión deduce la Sala que para acreditar la falla de la administración se debía demostrar que el cadáver recibido por la familia Jiménez Reyes como del hijo y hermano, era diferente del que se había identificado por sus compañeros de armas, al que se le había practicado la respectiva necropsia y, desde luego, del familiar que había ingresado a prestar su servicio militar.

La Sala se muestra de acuerdo con la conclusión del Tribunal en cuanto a que el cadáver encontrado correspondía al soldado Jiménez Reyes. La prueba testimonial tomada en cuenta por el *a-quo* permite razonablemente llegar a dicha conclusión.

Por el contrario, se aparta del criterio del fallador de primer grado, en cuanto considera insuficiente la diligencia de exhumación para acreditar la falla del servicio, valga decir, la equivocación sobre el cadáver entregado para sepultarlo.

Los siguientes puntos de contraste entre la diligencia de necropsia practicada el 20 de julio de 1988 por el médico forense de Montería (fls. 96 - 97) y la necropsia realizada, previa exhumación, el 28 de julio del mismo año (fls. 164 a 168), permiten a la Sala concluir que a los demandantes le entregaron un cadáver distinto al de su hijo y hermano.

- En la necropsia practicada al cadáver del soldado Jiménez Reyes se lee: "Labios y dentadura: *No hay lesiones. Dentadura en buen estado*". (F. 96) (se subraya).

- En la necropsia realizada tras la exhumación del cadáver que supuestamente era Jiménez Reyes, se consignó: "En la cavidad oral se observó *falta de todos los dientes superiores (pérdida antigua) y una prótesis total* como reemplazo de los mismos que estaba *partida en tres partes* y en el maxilar inferior faltaban los molares 36, 37 y 46 (pérdida antigua). (Fl. 167) (Subrayado la Sala).

- En la primera necropsia se calculó la edad en "más o menos (20) años". (F. 97).

- En la segunda "la calculamos en el rango de mayor de 25 años y menor de 40". (Fl. 168).

- En la autopsia inicial, se menciona un "EXAMEN INTERNO" sobre cavidad toráxica, aparato respiratorio, aparato cardio-vascular, génito-urinario, sistema linfo-hematopéyico, respecto de los cuales el autor de la necropsia consignó: "no hay lesiones", conclusiones a las que debió llegar luego de explorar internamente el cadáver. Concluida la exploración debieron quedar las cicatrices y huellas de las incisiones exploratorias.

En el acta de la segunda autopsia, quienes la practicaron dejaron la siguiente anotación: "*No se observaron huellas de práctica de necropsia previa*". (F. 167) (Subrayado fuera de texto).

De las contradicciones que se acaban de relacionar entre las dos diligencias de necropsia aportadas con las copias del proceso penal, cuyo valor probatorio es ostensible, la Sala concluye que el cadáver sometido a la autopsia en Montería e identificado como el de Fredy Orlando Jiménez Reyes, es absolutamente distinto al que por parte del Ejército le fue entregado para su sepultura a los familiares de aquél. No se requieren mayores conocimientos en medicina legal, porque la solución es de elemental sentido común, para entender que no fue de Jiménez Reyes el cadáver exhumado por cuanto difieren en el estado de la boca y dentadura, la una sin lesiones y en buen estado, la otra, con huellas de trauma y con prótesis total; son distintas en cuanto a la edad, pues mientras en la primera necropsia se alude a una persona joven de aproximadamente 20 años, edad que correspondía a la de Fredy Orlando, en

la segunda, la edad está comprendida entre 25 y 40 años; y, para complemento, en la segunda necropsia se desconocen y niegan rastros de habérsele practicado una autopsia anterior, lo que permite concluir con certeza absoluta que era un cadáver diferente al de Jiménez Reyes.

De otra parte, las consideraciones del Tribunal en el sentido de reconocer la eficaz actuación del ejército "rescatándolo y enviándolo en un helicóptero a la ciudad de Montería para la respectiva necropsia", que la hace un médico legista cuyo dictamen "debe presumirse verídico por parte del comandante del Batallón", no son de recibo para la Sala, por cuanto ningún cuestionamiento se hace al ejército por haber localizado el cadáver y haberlo enviado a Montería.

La razón verdadera de la demanda radica en la irregular actuación del ejército, no de los funcionarios de medicina legal, al permitir que el cuerpo sin vida de uno de sus soldados fuera confundido o suplantado con otro para devolvérselo a sus familiares. Se quedó corto el cuerpo armado al permitir tamaña confusión de cadáveres, precisamente para entregarle o devolverle erradamente a la familia los restos de quien había reclutado pleno de vida para prestar su servicio militar. Aquí radicó precisamente la falla del servicio, hubo un mal funcionamiento en el manejo, traslado, ubicación y entrega del cuerpo del soldado fallecido.

Ahora bien, cabe meditar en la repercusión de que el error de la administración debió tener sobre los padres y hermanos del soldado Jiménez Reyes. Estos ya estaban enterados del trágico final de su hijo y hermano, y tal circunstancia era suficiente para alterar el estado emocional de toda la familia. Pero, cuando ya resignados por su muerte y a última hora se les permite ver los restos mortales de Fredy Orlando, se ven obligados a experimentar el desconsuelo, la amargura, la incertidumbre y toda esa gama de angustiosos sentimientos inherentes a los estados emocionales que la desaparición de un ser querido genera en la persona humana. Si sufrieron por la muerte del hijo y hermano, tal sufrimiento debió ser más intenso ante la burla cruel que impidió el velorio y las lágrimas frente al ataúd ocupado por un cuerpo extraño. Este es precisamente el perjuicio moral sufrido por los demandantes y él se originó en el descuido e irresponsabilidad del personal militar encargado de manejar el proceso de entrega del cadáver del soldado Jiménez Reyes a sus familiares. Se integran así los tres elementos que estructuran la responsabilidad de la administración por falla del servicio.

Establecida la responsabilidad administrativa, se debe determinar si los demandantes acreditaron su derecho a ser indemnizados. Al respecto obran en el proceso a los folios 28 y 254 a 266, los registros civiles de matrimonio de los padres demandantes, de nacimiento de los hijos y de defunción de la víctima. Con base en estas documentales la Sala considera que se ha demostrado el parentesco entre el occiso y los demandantes y, por consiguiente, surge en favor de éstos el derecho a su indemnización por los perjuicios morales

padecidos, los cuales la Sala estima en una suma equivalente en pesos a 500 gramos de oro fino para cada uno de los progenitores y a 250 gramos del mismo metal para cada uno de sus hermanos. Estas cantidades se consideran ajustadas a la circunstancia que rodea el caso, desde luego que no se trata de resarcir el daño moral ocasionado por la muerte de Fredy Orlando Jiménez Reyes, sino por la equivocación del Ejército Nacional al no haber restituido el cadáver correspondiente a sus familiares, como se lo imponen sus deberes, sino un bien diferente, como ha quedado plenamente establecido en el plenario.

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

FALLA:

PRIMERO. REVOCASE la sentencia apelada, esto es, la de 6 de septiembre de 1991, proferida por el Tribunal Administrativo de Córdoba.

SEGUNDA. DECLARASE a la Nación -Ministerio de Defensa Nacional, administrativamente responsable por los perjuicios ocasionados a los demandantes, con la entrega equivocada de un cadáver que presuntamente correspondía a su hijo y hermano Fredy Orlando Jiménez Reyes, sin que en efecto lo fuera.

TERCERO. Como consecuencia de la anterior declaración CONDENASE a la Nación -Ministerio de Defensa Nacional, a pagar como indemnización por perjuicios morales a Sergio Luis Jiménez y María Dolores Reyes de Jiménez, para cada uno, el equivalente en pesos a quinientos 500 gramos de oro fino; y a María del Carmen, John Jairo, Luis Carlos, Sergio Hernán, Guillermo León, José Humberto, María Yaned, Adriana Lucía, Diego Alberto, Nora Cecilia y Jorge Iván Jiménez Reyes, para cada uno, el equivalente en pesos a doscientos cincuenta 250 gramos de oro fino.

El Banco de la República certificará sobre el precio interno del oro a la fecha de ejecutoria de esta providencia y tal certificación la acompañarán los interesados junto con la respectiva cuenta al cobro.

CUARTO. Deniéganse las demás pretensiones.

QUINTO. Dese cumplimiento a los artículos 176 y 177 del C.C.A., para lo cual se expedirán copias de esta sentencia, con constancia de ejecutoria, con destino a las partes, haciendo las previsiones del Artículo 115 del C. de P. C.

COPIESE, NOTIFIQUESE, CUMPLASE Y DEVUELVASE.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha, veinticuatro (24) de Septiembre de mil novecientos noventa y dos (1992).

Daniel Suárez Hernández, Presidente de la Sala; *Carlos Betancur Jaramillo, Juan de Dios Montes Hernández, Julio César Uribe Acosta.*

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

FALLA DEL SERVICIO DEL EJERCITO/ CONSCRIPTO/ RESPONSABILIDAD OBJETIVA

En todos los casos en que las armas de la República sean utilizadas para fines o actividades que no encuadren dentro de la Constitución y la ley, la administración es responsable. Si alguna de las perspectivas doctrinales que tradicionalmente han permitido manejar situaciones como la que se estudia, ofrecieran espacios de duda, se impondría dar aplicación al artículo 90 de la Constitución. Los soldados de la República son reclutados para cumplir con exigencias constitucionales que buscan mantener la seguridad interior y exterior de la misma; si ingresan al servicio en condiciones óptimas de salud, como es de rigor, deben volver al seno de sus familias en el mismo estado, soportando, claro está, los riesgos propios de su misión. Nada más, pero tampoco nada menos. Que la responsabilidad sea más, pero tampoco nada menos. Que la responsabilidad sea objetiva o no, no es aspecto realmente trascendental. Lo que importa, al fin y al cabo, es que se haga una correcta interpretación de la conducta humana con el fin de realizar el valor supremo, esto es, la justicia, que bien puede ser no la legal sino la del caso concreto.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.

Santafé de Bogotá, D.C., Septiembre veinticuatro (24) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente : *Doctor Julio César Uribe Acosta.*

Referencia: Expediente N°. 7480 Actor :Ramiro Farfán y Otros.

Demandado: LA NACION MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL.

- I -

Agotada la tramitación procesal de ley, sin que se observe causal de nulidad que vicie la actuación, procede la Sala a resolver el GRADO DE CONSULTA de la sentencia calendada el día siete (7) de abril de mil novecientos noventa y dos (1.992), proferida por el Tribunal Administrativo del Huila, que en su parte resolutiva *DISPUSO*:

"1o. Declárase responsable a la Nación-Ejército Nacional por falla del servicio, de los perjuicios morales causados por la muerte del joven Harleyn Farfán Fierro, por parte de uno de sus agentes ocurrida en el Batallón de Apoyo y Servicios para el Combate No. 9 "Cacica Gaitana" con sede en Neiva, Departamento del Huila el 17 de octubre de 1.988.

"2o. Condénase a la Nación-Ejército Nacional, a pagar por perjuicios morales mil (1.000) gramos oro a cada uno de los padres de Harleyn Farfán Fierro, señores Ramiro Farfán Garzón identificado con la cédula de ciudadanía No. 4.871.743 de Neiva y Waldina Fierro Lamilla identificada con la cédula de ciudadanía No. 26.419.980 de Neiva.

"3o. Condénase a la Nación-Ejército Nacional, a pagar por perjuicios morales a cada uno de los hermanos de la víctima, la suma de quinientos 500 gramos oro, señores Yesid David, Wilton, Taryn Marby y José Hamid Farfán Fierro.

"El precio del oro se determinará conforme a la certificación del Banco de la República a la fecha de ejecutoria de esta sentencia.

"4o.- Esta condena se cumplirá en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A.

"5o.- Deniéganse las demás súplicas de la demanda". (fl. 145-146, C1).

Para la mejor comprensión jurídica de todas las circunstancias legales, generales y particulares del caso, se transcribe a continuación lo pertinente del fallo, en el cual se razona judicialmente dentro del siguiente temperamento:

"Los señores Ramiro Farfán Garzón y Waldina Fierro Lamilla en su propio nombre y en el de sus hijos menores Yesid David, Wuilton, Taryn Marby y José Hamid Farfán Fierro mediante apoderado y en Acción de Reparación Directa demandaron a la Nación Colombiana - Ejército Nacional, con motivo de la muerte del joven Harleyn Farfán Fierro, hijo de los primeros y hermano de los últimos, acaecida en el Batallón de Apoyo y Servicios para el Combate No. 9, "Cacica Gaitana" con sede en Neiva, el día 17 de Octubre de 1.988.

"I.- La Demanda.

"El señor apoderado de los señores Ramiro Farfán Garzón y Waldina Fierro Lamilla y de sus hijos menores ya mencionados, al presentar la demanda el día 7 de junio de 1.989, manifiesta que por los trámites de un proceso administrativo especial, de reparación directa y cumplimiento, este Tribunal efectúe las siguientes declaraciones y condenas:

1o.- La NACION COLOMBIANA-EJERCITO NACIONAL, es responsable de la totalidad de los daños y perjuicios causados a los demandantes RAMIRO FARFAN GARZON Y WALDINA FIERRO LAMILLA, lo mismo que a sus hijos menores: YESID, WILTON, TARYN MARBY y JOSE HAMID FARFAN FRIERRO, en razón de la muerte de su hijo y hermano HARLEYN FARFAN FIERRO, por efectos de un disparo con arma de dotación oficial, accionada por el soldado NELSON GARCIA TOVAR, el día 17 de Octubre de 1.988, en el Batallón de Apoyo de servicios para el combate No. 9 "CACICA GAITANA", adscrito a la IX Brigada con sede en la ciudad de Neiva.

"2o.- Como consecuencia de la anterior declaración, la NACION COLOMBIANA-EJERCITO NACIONAL está obligada a pagar a la madre de la víctima, señora WALDINA FIERRO LAMILLA, daños y perjuicios patrimoniales-perjuicios materiales en lo que se incluye el lucro cesante, los intereses compensatorios de lo que sumen desde la fecha de causación y hasta la fecha de la indemnización, lo mismo que los gastos de los funerales, en cuantía que resulte de las bases que se prueben en el curso del proceso, con los reajustes e incrementos de orden legal, dcada (sic) la permanente y creciente pérdida del valor adquisitivo de nuestra moneda y si el daño material no pudiera avaluarse pecuniariamente, en razón de que no existiere dentro del proceso la base suficiente para fijarlo por medio de peritazgo, debe señalarse como indemnización, una suma equivalente a 4.000 gramos oro, conforme lo establece el artículo 107 del Código Penal y el artículo 8o. de la ley 153 de 1.987.

"3o.- Que la NACION COLOMBIANA-EJERCITO NACIONAL está obligada a pagar a todos y a cada uno de los demandantes, el valor de los perjuicios morales subjetivos, con base a suma equivalente en, moneda de la fecha del fallo y conforme al precio que se certifique por el Banco de la República para el gramo oro, así:

"Para RAMIRO FARFAN GARZON y WALDINA FIERRO ESCAMILLA padres de la víctima, UN MIL gramos oro para cada uno; para los hermanos de la víctima YESID DAVID, WILTON, TARYN MARBY y JOSE HAMID FARFAN FIERRO la cantidad igualmente de UN MIL gramos oro puro, para cada uno de ellos, en la fecha de la sentencia, conforme al artículo 106 del Código Penal.

"4o.- LA NACION COLOMBIANA-EJERCITO NACIONAL, pagará a los demandantes, la suma de dinero que el fallo ordene, en los términos de que hablan los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo- Decreto 01 de 1.984.

"5o.- La demandada pagará a los demandantes sobre la base de dinero que el fallo ordene pagar, los intereses aumentados con la variación del promedio mensual del índice de precios del consumidor, desde la fecha de la ejecutoria de la sentencia, hasta cuando se de cumplimiento al pago, conforme al artículo 177 del citado Código Contencioso Administrativo".

"En cuanto a los hechos, el señor apoderado de los Demandantes los relata así:

"1.- El joven HARLEYN FARFAN FIERRO, hijo legítimo de los esposos RAMIRO FARFAN GARZON y WALDINA FIERRO LAMILLA, había terminado sus estudios de bachillerato comercial en la ESCUELA NORMAL DEPARTAMENTAL MIXTA DE NEIVA, en el año de 1.987, habiéndose graduado el día 25 de febrero de 1.988.

"2.- El joven FARFAN FIERRO, debería de cumplir con el servicio militar obligatorio, luego de hacerse bachiller, y para tal efecto se presentó al organismo de reclutamiento habiendo salido apto para el servicio militar, entró a prestarlo en el Batallón de apoyo de servicios para el combate No. 9 "Cacica Gaitana", adscrito a la IX Brigada, con sede en la ciudad de Neiva, el día 11 de Abril de 1.988.

"3.- El joven FARFAN FIERRO recibió instrucción militar desde esta fecha, hasta el día 17 de Octubre de 1.988, día de su fallecimiento, sin que en su hoja de vida, aparezca el menor desafuero contra los reglamentos y disciplina militares.

"4.- Para el día 17 de Octubre de 1.988, los soldados HARLEYN FARFAN FIERRO y NELSON GARCIA TOVAR, entre otros, se encontraban en distintas actividades de tipo administrativo, lo cual quiere significar que el soldado NELSON GARCIA TOVAR, se encontraba en pleno ejercicio de sus funciones y atribuciones dentro del servicio militar obligatorio.

"5.- Para este día el soldado FARFAN FIERRO, tomó el fusil del soldado CUELLAR JOVEN LIZARDO y comenzó a revisarlo, al tiempo que significaba que dicha arma se encontraba sucia. Al mismo tiempo el soldado NELSON GARCIA TOVAR, que como hemos dicho estaba en funciones de servicio, tomó su fusil de dotación oficial, manifestando que dicha arma sí estaba limpia, procediendo a accionarla contra la

humanidad del soldado HARLEY FARFAN FIERRO, con tan mala fortuna que de dicha arma salió un disparo, que fue a incrustarse en el cuerpo de FARFAN FIERRO, en el costado izquierdo, a la altura de la costilla, saliéndole por el costado derecho.

"6.- Como consecuencia del fatal disparo, así producido, en razón de una total falta de previsión por parte del soldado GARCIA TOVAR que la accionó, y que ocasionó destrozos fatales en la humanidad del soldado FARFAN FIERRO, éste falleció al poco tiempo, sin que nada se pudiera hacer para salvarle la vida.

"7.- El soldado que accionó el arma, estaba de servicio y como hemos dicho, en pleno ejercicio de sus funciones y atribuciones militares, para el día de los hechos. Y el arma que accionó, era de dotación oficial, como está demostrado dentro del proceso penal que investigó la muerte del soldado FARFAN FIERRO, y como habremos de demostrarlo en este proceso.

"8.- Los reglamentos militares y especialmente el servicio de guarnición de las Fuerzas Militares, obligan al personal armado a mantener sus armas de dotación oficial, con seguro, es decir aseguradas, para impedir que imprudentemente sean disparadas y ocasionen un daño que no se ha buscado daño que se opera, cuando se omiten realizar estas prudentes medidas de seguridad, con cuya conducta se pone en peligro la integridad personal de los mismos compañeros de batallón o guarnición, o de los particulares, en un caso determinado.

"9.- Si el soldado FARFAN FIERRO en alguna forma accionó su arma, para dispararla en seco, estaba convencido de que se encontraba debidamente asegurada, y por lo mismo no salió de la recamara del arma, proyectil alguno, es decir, guardaba todos los cuidados que indican los reglamentos militares.

"10.- Pero en cambio, al accionar su arma el soldado GARCIA TOVAR, como respuesta, en la creencia de que igualmente no iría a salir disparo alguno, no tuvo el cuidado suficiente de percatarse de que ella estuviera debidamente asegurada, descargada, sin proveedor, y por cuanto que no se asumió una conducta de previsión, sino de omisión, fue por lo que salió el proyectil que impactó la humanidad del soldado FIERRO FARFAN y produjo su muerte.

"11.- Es claro que el soldado GARCIA TOVAR, no tuvo intención dolosa alguna, no tuvo intención alguna de ocasionarle daño a su amigo y compañero de servicio militar, soldado FIERRO FARFAN; pero es indudable que su conducta falta de toda previsión y sí impregnada de palmaria omisión, en el sentido de observar y practicar los reglamentos

militares, que exigen un especial cuidado para precisar que el arma está debidamente asegurada y evitar tragedias culposas, fue lo que contribuyó para que al accionar el arma de dotación oficial, en forma imprudente, produjera la muerte de su compañero de armas, en la forma antes anotada.

"12.- Es tan cierto lo anterior, que en su indagatoria el soldado NELSON GARCIA TOVAR, que de paso rindió ante los funcionarios militares encargados de investigar la muerte del soldado FARFAN FIERRO, acepta haber ocasionado los hechos en forma imprudente y "explica que no se dio cuenta que el fusil tuviera el proveedor y estuviera desasegurado; que con el occiso eran muy buenos amigos, que el funcionamiento de su fusil era perfecto y recibió instrucción sobre el catálogo de seguridad de las armas".

"13.- El presidente del Consejo Verbal de Guerra dentro del trámite del proceso penal que investigaba la muerte del soldado FARFAN FIERRO, al acoger el veredicto condenatorio, emitido por los vocales respectivos, señaló refiriéndose al soldado que accionó el arma contra la humanidad del soldado FARFAN FIERRO, que "desarrolló actividad altamente peligrosa corriendo los riesgos y tal vez por exceso de distracción creyó que el arma no estaba cargada y desasegurada y en forma improvisada, osada y temeraria, disparó hacia su compañero con el desafortunado desenlace".

""14.- El soldado GARCIA TOVAR, que accionara el arma de dotación oficial con la cual ocasionó la muerte al soldado FARFAN FIERRO fue hallado responsable por el juez de instancia, comandante del Batallón de Apoyo de Servicios para el combate No. 9 "Cacica Gaitana" y lo condenó a la pena de veinticuatro (24) meses de prisión, destacando la excesiva temeridad y osadía con que actuó el inculpado, es decir, que lo ubicó en el terreno de suma imprudencia, es decir dentro del fenómeno de la imprevisión de lo previsible: La Culpa.

"15.- El Tribunal Superior Militar , máxima entidad jurisdiccional para estos casos, al desatar el recurso de apelación, contra la sentencia condenatoria, recalca en providencia de fecha febrero 14 de 1989. "que el disparo sucedió por la manera tan imprudente como actuó el soldado GARCIA TOVAR" y considera que hay imprudencia, citando una doctrina de la Honorable Corte Suprema de Justicia, cuando por ejemplo se maniobra una arma mortífera sin ningún cuidado, pues primero debe precisarse si el arma está en condiciones de hacer fuego o no. Esta alta entidad confirma la responsabilidad del soldado GARCIA TOVAR, en razón de la imprudencia que hemos anotado.

"16.- La negligencia y falta de cuidado que en este caso, se traduce en imprudencia por parte del soldado GARCIA TOVAR, en el sentido de

omitir verificar que el arma tuviera el proveedor y que además estuviera desasegurada, todo ello constituye una conducta de imprevisión, que además, viola los reglamentos militares y el del servicio de guarnición de las fuerzas militares, y constituye como consecuencia de orden legal, una típica falla en el servicio del ejército, porque tal conducta imprudente, puso en peligro y riesgo la integridad personal en los demás compañeros de guarnición y tuvo como consecuencia, el cercenamiento de la vida del soldado FIERRO FARFAN, que él nunca había buscado.

"17.- Las armas de dotación oficial, en razón de las leyes y reglamentos vigentes para el servicio militar, por lo mortíferas que son, exigen para su porte el tino y la prudencia, el mejor cuidado, a fin de evitar tragedias, como la de este sensible caso.

"18.- El hecho imprudente por parte del soldado GARCIA TOVAR, estando en el servicio militar, en pleno ejercicio de sus funciones y atribuciones militares para el día de los hechos, constituye falta o falla del servicio, respecto del uso y manejo de las armas de dotación oficial, falla de la cual es responsable la NACION-EJERCITO NACIONAL.

"19.- Al momento de producirse la muerte del soldado FARFAN FIERRO, este joven, que se enaltecía con la prestación del servicio militar a la patria, que era el orgullo y la esperanza de sus padres y hermanos, porque luego del servicio, se aprestaba a iniciar una carrera universitaria, para beneficio suyo y de su hogar, lo mismo que para beneficio de su país, apenas comenzaba a proyectarse dentro de su inmaculada juventud pues estaba cumpliendo dieciocho (18) años y ocho meses de vida, y si partimos de la base de que las tablas del promedio de vida de entidades, encargadas de establecerla, dan un promedio de supervivencia para el hombre colombiano, de 65 años, quiere ello significar que el soldado FARFAN FIERRO, le quedaba una vida laborable de 47 años aproximadamente.

"20.- Al momento de fallecer el soldado FARFAN FIERRO devengaba una remuneración que le había fijado el ejército Nacional, aún en la prestación del servicio militar, que habrá de certificarse por la Institución Militar, pero que si es menor del salario mínimo, será esta la base, para efecto de los perjuicios materiales, por antecedentes, ya fallados al respecto.

"21.- El soldado FARFAN FIERRO, era un buen hijo, educado con las virtudes características de la gente huilense, respetuoso de los demás, de acrisolada rectitud y de gran inteligencia, de una excelente buena conducta, que se amoldaba a la amable disciplina de un hogar, emprendedor y esperanzado, no por lo sencillo y humilde, menos digno. Eran estas las razones para que de lo poco devengado por el soldado

FARFAN FIERRO, parte lo dedicara a ayudar a su madre y parte lo dejara para sus gastos personales.

"22.- Cuando el soldado FARFAN FIERRO, ingresó a prestar su servicio militar, se encontraba en buenas condiciones de salud. Lo normal es que con una buena instrucción militar, como la que estaba recibiendo, al término de su servicio, saliera en igualdad de condiciones de salubridad.

"Pero cuando quien presta el servicio militar fallece o es víctima de daños, por fuera de los riesgos normales propios de la misma instrucción militar, como en este caso, igualmente el Estado deberá responder y por el resarcimiento de perjuicios que la muerte ocasiona, a sus padres y a sus hermanos, cuando está demostrado para éstos y la víctima, la mutua ayuda, el afecto, el cariño y la solidaridad familiar.

"23.- Tal es la tesis, de reciente señalamiento, en forma jurisprudencial, por el Honorable Consejo de Estado, en proceso de JAIRO RODRIGUEZ DURAN, contra la Nación Colombiana, Expediente No. 3852, expresada en sentencia de Abril 28 de 1989, a raíz de la muerte del soldado CARLOS ALBERTO RODRIGUEZ SANCHEZ, cuya muerte fue ocasionada con arma de dotación oficial por el soldado José Gilberto Quintero, en el escuadrón de Reacción Inmediata de la Base Aérea "LUIS F. PINTO", en Melgar, departamento del Tolima.

"24.- En efecto, la citada providencia establece, con apoyo en el principio *iura novit curia*, "que la interpretación racional de los hechos permite hacer un enfoque diferente para concluir que sí se comprometió la responsabilidad de la Nación, por la presunción de responsabilidad que se le puede imputar a ésta, por el hecho de los conscriptos sometidos, a instrucción militar, actividad de especial peligrosidad, no sólo por los peligros que ella implica para los que la reciben, sino por la manipulación de equipos y armas de extraordinario riesgo".

"25.- Según este enfoque, "si se da en el campo del derecho privado, igual presunción en contra de los directores de escuelas y colegios, los que deben responder por el hecho de sus discípulos, mientras están bajo su cuidado (Art. 2347 del Código Civil), en actividad que se cumple evidentemente con menos riesgos, no se ve razón alguna para que no pueda aplicarse a una actividad como la que se cumple durante la instrucción militar, con riesgos tan graves que no permiten ni siquiera comparación con aquella".

"26.- Lo anterior, "porque los sometidos a conscripción o reclutamiento si bien entre ellos están sometidos a una carga igual frente a las demás personas y para la seguridad y tranquilidad de éstas, en definitiva, están agravadas con una carga excepcional que impone que los perjuicios

anormales que sufran, les sean resarcidos por la comunidad que se beneficia del servicio que prestan".

"27.- En virtud de la trágica e inesperada muerte del soldado HARLEYN FARFAN FIERRO, en razón de los hechos antes relatados, sus padres y hermanos legítimos, han sufrido perjuicios de orden moral, en razón del indecible dolor afectivo que este fallecimiento les ha producido, lo cual es apenas lógico deducirlo en razón del parentesco tan próximo y de una pérdida tan irreparable.

"Este perjuicio debe ser indemnizado por la parte demandada.

"29.- Pero de otro lado, la muerte de HARLEYN FARFAN FIERRO ha ocasionado a su madre, a quien pasaba parte de su remuneración para ayudarla al sostenimiento del hogar, perjuicios de orden material, pues en razón de su muerte no pudo continuar ayudándole, lo cual constituye un lucro cesante, que igualmente debe ser indemnizado por la demandada. Dentro de estos perjuicios materiales también cuentan los gastos que los padres de la víctima hicieron para realizar los funerales de su hijo amado, con la funeraria encargada de estos menesteres y que habrán de ser certificados por la entidad respectiva.

"30.- Entre la víctima HARLEYN FARFAN FIERRO y sus hermanos menores YESID, DAVID, TARYN BARBY, JOSE HAMID y WILTON FARFAN FIERRO, existía una relación de afecto, de cariño, como hermanos que eran, pues todos vivían bajo un solo techo hogareño, al lado de sus padres y se ayudaban mutuamente, permaneciendo pendientes, los unos de los otros, con gran amistad, comprensión y familiaridad, lo cual se traducía en una gran unidad familiar, tal como lo demostraremos con los testimonios respectivos". (fl. 115-127, C. 1) ..."Consideraciones del Tribunal.

Como en la contestación de la demanda se propusieron excepciones que de prosperar nos obligaría a un fallo inhibitorio, sea lo primero referirnos a esta situación:

"Sostiene la Demanda que se configura la excepción de ilegitimidad de la personería pasiva, considerando que se omitió uno de los presupuestos de la Demanda al no dirigir la acción pretendida contra el órgano estatal correspondiente, contraviniendo lo normado en el Artículo 137 del C.C.A.

"Al respecto el Tribunal debe decir que como la demanda está dirigida contra la Nación Colombiana Ejército Nacional con citación y audiencia del señor Ministro de Defensa Nacional, o de quien haga sus veces, no prospera la excepción propuesta.

"También se considera violado el art. 137 del C.C.A. en su numeral 6o. por haberse omitido la Demanda la estimación razonada de la cuantía.

"Tampoco encuentra al Tribunal que la Demanda sea inepta por la deficiencia anotada, ya que se exponen los fundamentos para solicitar como indemnización de perjuicios morales tanto al padre como a la madre de un mil gramos de oro, razón por la cual no deviene fallar inhibitoriamente sino mediante providencia de mérito.

"Para el Tribunal, en el proceso se encuentran demostrados los siguientes hechos:

"1.- La muerte del soldado bachiller Harleyn Farfán Fierro el día 17 de Octubre de 1988 en la ciudad de Neiva, en el alojamiento del Batallón de Apoyo y servicios para el Combate No. 9 "Cacica Gaitana", como consecuencia de un disparo de fusil que le hizo el también soldado bachiller Nelson García Tovar (folio 11 cuaderno principal, folios 47 cuaderno No. 2, 86, 87, 88, 89, 90, 91, prueba trasladada investigación penal).

"Que el soldado Nelson García Tovar empleó su arma de dotación oficial fusil G-3 No. 24840 al disparársele contra el soldado Harleyn Farfán Fierro causándole la muerte (folio 45 cuaderno No. 2 y 47 cuaderno prueba trasladada investigación penal).

"3. Que el señor Nelson García Tovar al momento de ocasionarle la muerte al señor Harleyn Farfán Fierro era miembro activo del Ejército Nacional encontrándose para esa fecha (17 de octubre de 1988) prestando el servicio militar obligatorio, habiendo ingresado al mismo el 5 de abril de 1988 (folio 45 cuaderno No. 2).

"4.- Que el señor Harleyn Farfán Fierro al momento de su muerte era miembro activo del Ejército Nacional, encontrándose prestando su servicio militar obligatorio.

"5.- Que el soldado Nelson García Tovar se le convocó a un Consejo de Guerra Verbal para juzgarlo por el delito de Homicidio en la modalidad de culposo en la persona de Harleyn Farfán Fierro (folio 55 prueba trasladada Investigación penal).

6.- "Que el soldado Nelson García Tovar fue condenado en primera y segunda instancia como responsable del delito de Homicidio en la modalidad de culposo, ejecutado en la persona de Harleyn Farfán Fierro el 17 de Octubre de 1.988 (folio 88 a 101 cuaderno prueba trasladada investigación penal).

"En la demanda se expresa que el soldado Nelson García Tovar omitió tomar las más elementales precauciones con su arma de dotación oficial como fue el de haberse asegurado de que el fusil no tuviera el proveedor y que estuviera asegurado debidamente para evitar que saliera algún disparo, habiendo violado los reglamentos en cuanto a la guarda, conservación y manejo de las armas de dotación oficial, como también la C.N. que protege la vida, honra y bienes de los ciudadanos.

"En su alegato de conclusión, el señor apoderado a los demandantes reitera que la omisión en que incurrió el soldado García Tovar al no verificar que el fusil tenía el proveedor y estaba desasegurado hizo realidad que salieran los disparos y uno de ellos diera en la humanidad de la víctima. Esta conducta de omisión se traduce en imprudencia y falta de toda previsión, la cual implica que la administración dejará de actuar por medio de su agente, cuando éste se encontraba en función de sus atribuciones militares al servicio del Ejército Nacional, con la misión de respetar y proteger la vida, honra y bienes de la comunidad.

"Habiéndose presentado tal omisión en el ejercicio de su actividad y funciones militares por parte del soldado García Tovar, es evidente la falla o falta en el servicio de la administración, que compromete la responsabilidad de la Nación.

"Agrega que si bien en el caso de estudio hay falla en el servicio, también se da la falla del servicio presunta, citando numerosa jurisprudencia al respecto.

"Como ya lo habíamos anotado en ocasiones anteriores, aun cuando el señor apoderado no hubiera alegado razón diferente a la expuesta en la demanda, el Tribunal se encuentra facultado conforme al principio *IURA NOVIT CURIA*, para determinar el Régimen Jurídico de Responsabilidad que corresponda al caso de estudio, siguiendo las enseñanzas del H. Consejo de Estado.

"Al respecto nos permitimos transcribir apartes de la providencia dictada el 31 de julio de 1.989. Ponente Doctor Antonio José de Irisarri Restrepo publicado en la Revista Jurisprudencia y Doctrina.

Pág. 734 y siguientes.

"I.- *La elección del régimen de responsabilidad.*

"A pesar de que del libelo demandatorio pueda colegirse que se imputa una falla del servicio por omisión de la Policía Nacional, al haber permitido que uno de sus miembros saliera a vacaciones portando armas de dotación oficial, estima la Sala que ello no es óbice para que el juez

al calificar la realidad histórica del proceso, y prevaliéndose del principio iura novit curia, goce de la facultad de determinar el régimen jurídico de responsabilidad aplicable al caso concreto que es objeto de la decisión. En efecto, la escogencia de uno de los varios regímenes de responsabilidad y, con ello, la exigencia de las condiciones que su aplicación supone que para la responsabilidad del Estado pueda ser declarada ante determinados perjuicios, es tarea que corresponde realizar libremente al juez, a menos que dichas condiciones estén contempladas expresamente en la ley".

"Respecto al régimen de la falla del servicio presunta en la misma providencia citada se dijo:

"Ahora bien: la Sala considera conveniente precisar las características fundamentales del régimen de la falla del servicio presunta, para los eventos en los cuales, los perjuicios han sido causados con armas de dotación oficial, así:

"1.- La aplicación de la regla *actori incumbit probatio* se atenúa respecto de la falla del servicio. Es decir, no se dispensa de toda prueba al demandante, sino que el *onus probandi* no cobija la prueba de la falla del servicio, aunque si la del hecho causante del daño y su relación con el mismo. Corresponde por tanto al actor probar solamente la existencia de un perjuicio, que debe guardar relación de causalidad con la utilización del arma de dotación oficial.

"2.- El perjuicio causado con arma de dotación oficial, hace presumir la falla del servicio, puesto que, al ser el mecanismo de la presunción una técnica probatoria que sólo exonera al actor del aporte de la prueba de la falta, no excluye el análisis que de la misma puede realizar el juzgador. Es pues, un régimen en el cual la falla del servicio sí está presente, lo que implica que se excluye, por definición, toda aplicación de la teoría del riesgo y de cualquier otro régimen de responsabilidad objetiva.

"3.- Por ser presunta la falla del servicio ésta puede ser desvirtuada por la administración , mediante prueba que desmienta la premisa sobre la cual está cimentada la presunción. En otros términos: puede la administración aportar probanza contraria que impida al juzgado extraer las consecuencias de la premisa que sirve de fundamento a la presunción de falla que pesa sobre la administración.

"4.- En consecuencia, si la administración demuestra la ausencia de falla, se exonera de su responsabilidad. Mas para ello sea así, el juez debe llegar a la convicción de que el actuar administrativo fue de tal manera prudente y diligente, que el perjuicio ocasionado con el arma de dotación oficial no puede imputársele a título de falta suya. Ello es

apenas obvio, en la medida en que, como lo ha dicho la Sala, "pesa sobre las Fuerzas Armadas una obligación de extrema prudencia y diligencia en relación con el porte y uso de armas" (Sentencia de 27 de abril de 1989, precitada), debiendo por tanto, acreditar esa extrema prudencia y diligencia en las circunstancias que rodearon la causación del perjuicio, para dar por establecida la ausencia de falta de la administración.

"5.- El hecho o la culpa de la víctima, al igual que en todos los regímenes de responsabilidad, exonera o atenúa, según el caso, la responsabilidad estatal.

"En efecto, dicha causal implica que el hecho causante del daño no es imputable al ente demandado, sino que, por el contrario, lo es a un comportamiento de la víctima. Sin embargo, estima la Sala oportuno recordar que no puede confundirse para dicho efecto, el nexo de causalidad con el de simultaneidad. Bien es sabido que en múltiples ocasiones puede ocurrir que simultáneamente al hecho causante del perjuicio, se observe un proceder reprochable de la víctima, que no necesariamente conlleva a la exoneración de la administración. Precisamente por cuanto la administración está obligada a una suma y extrema prudencia y diligencia en el porte y uso de armas, la culpa de la víctima jugaría un papel eximente solo en la medida en que guarde relación causal con la producción del perjuicio, a punto tal que se constate que la administración fue obligada a utilizar legítimamente, dicha arma.

"El hecho de un tercero exonera de responsabilidad a la administración, siempre y cuando se demuestre que dicho tercero es completamente ajeno al servicio, y que su actuación no vincula de manera alguna a este último, produciéndose claramente la ruptura de la relación causal.

"7.- La fuerza mayor exonera igualmente a la administración. En efecto, su existencia supone que ésta no ha cometido falla alguna, y ello porque la causa de la falla del servicio no puede imputarse a la administración, sino a un hecho conocido, irresistible e imprevisible, que es ajeno y exterior a la actividad o al servicio que supuestamente causó el perjuicio.

"8.- En el caso fortuito, al contrario, en su concepción moderna ius administrativa de causa desconocida, no exonera a la administración frente a este tipo de perjuicios. Al decir el profesor Paul Amselek, "Todo sistema de presunción de falta supone, por hipótesis misma, que en caso de no ser posible determinar las circunstancias exactas en la que se produjo el daño, el llamado a responder por las fallas presuntas deberá reparar, por encontrarse en incapacidad de demostrar una ausencia de falta en el origen del perjuicio" (Citado por F. Lorens-Fraysse, "*La presomtion de faute-dans le contentieux administratif de la*

responsabilité", L.G.D.J., París, 1985, p. 147), puesto que, precisamente la consecuencia de la concepción de la presunción de la falta radica en que la víctima no tenga necesidad de probar las circunstancias que rodearon la causación del perjuicio, sino que, en el evento de no conocerse cómo se produjeron dichas circunstancias, corresponderá al demandado asumir la duda que rodea las circunstancias exactas en las que advino al perjuicio.

"Estima la Sala, de acuerdo con el profesor Amselek, que en el evento de presentarse un caso fortuito, en su acepción ya dicha, es a la administración a quien le corresponde resarcir el perjuicio, habida consideración de que no puede desvirtuar la presunción que sobre ella pesa, y que consiste en determinar *a priori*, y dada la peligrosidad de las armas, que un perjuicio causado con la utilización de una de ellas, se debe a falla del servicio".

"Teniendo en cuenta las consideraciones anteriores veamos si la responsabilidad del Estado puede o no ser declarada en este proceso.

"La muerte del soldado Harleyn Farfán Fierro como consecuencia de un disparo producido por el también soldado Nelson García Tovar con arma de dotación oficial está suficientemente demostrado.

"La sentencia de segunda instancia que concluyó el proceso penal adelantado contra el soldado García Tovar, dice al respecto:

"3o. La calidad de militar, de Soldado, del Comando del Batallón de Apoyo de Servicios para el Combate No. 9 "Cacica Gaitana", de NELSON GARCIA TOVAR, está probada con los documentos que exige la ley.

"Igualmente, se probó con las actas de levantamiento del cadáver, de necropsia y defunción, la muerte del SL. HARLEYN FARFAN FIERRO.

"La autoría de la muerte del SL. NELSON GARCIA TOVAR. Este uniformado no niega estas imputaciones, por el contrario, en su indagatoria, acepta la forma como sucedieron los hechos y que no entiende cómo se le disparó el fusil causándole la muerte a FARFAN FIERRO que para él era como un hermano.

"Hay que destacar cualquier imputación de tipo doloso al SL. GARCIA por la muerte de su compañero, el SL. FARFAN FIERRO. Los términos de su indagatoria y los de los testimonios de los militares, a quienes les consta cómo sucedieron los hechos, dejan en claro que entre los dos uniformados había una estrecha amistad y el disparo sucedió por la manera tan imprudente como actuó el SL. GARCIA TOVAR".

"Podemos concluir de lo demostrado que evidentemente hay una falla del servicio que compromete la responsabilidad del Estado, por cuanto la calidad de militar que tenía el soldado Nelson García Tovar, el estar en servicio activo cuando ocurrió el fatal desenlace, el haber utilizado una arma de dotación oficial y la conducta extremadamente imprudente en que incurrió el mismo, así nos lo indican.

"Y es que no puede calificarse la conducta del soldado Nelson García Tovar sino como extremadamente imprudente, porque a pesar de haber recibido instrucción suficiente para el porte y manejo de su fusil de dotación oficial, no solamente disparó hacia su compañero corriendo el elevadísimo riesgo, sino que omitió haberse cerciorado previamente de que el proveedor del arma no estuviera puesto y de que estuviera debidamente asegurada.

"Por ello no puede exonerarse a la administración de responsabilidad en éste caso, aún habiéndose demostrado que la víctima Harleyn Farfán Fierro apuntó con un fusil al soldado García Tovar porque éste de todas maneras contravino el reglamento al apuntar con un arma a objetivo al que no pensaba disparar, y al no cerciorarse de que el arma estuviera descargada y con el seguro puesto.

"Aparte de lo anterior, considera el Tribunal que en presente caso puede juzgarse con la teoría de la "falla del servicio presunta" según la cual el solo hecho de causar un daño con arma de dotación oficial constituye nexo instrumental en la causación del perjuicio, y con ello se compromete de por sí la responsabilidad del Estado, como lo consagra la providencia transcrita.

"Finalmente también podemos afirmar que en el caso de estudio se presume la falla del servicio, teniendo en cuenta que el occiso Harleyn Farfán Fierro en el momento de su muerte estaba prestando el servicio militar obligatorio, habiendo ingresado a la IX Brigada el 11 de abril de 1988 como soldado bachiller, en condiciones normales de salud, correspondía entonces que hubiera salido del servicio en el mismo estado de salud, pero como falleció en las circunstancias suficientemente conocidas, el Estado resulta responsable.

"El H. Consejo de Estado en sentencia dictada el 28 de abril de 1989, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera con ponencia del Doctor Carlos Betancur Jaramillo expresó en uno de sus apartes:

"Puede decirse, entonces, que cuando una persona ingresa al servicio militar en buenas condiciones de salud, debe dejar el servicio en condiciones similares. Si no sucede tal cosa, y muere o sufre daños por fuera de los riesgos normales propios de la instrucción militar, como sucedió aquí, el patrimonio estatal deberá responder por tal resarcimiento.

"En el caso que se estudia se observa que el joven Carlos Alberto Rodríguez S. pereció a manos de un compañero de armas, riesgo que no entra en las previsiones normales del servicio. Su muerte se puede imputar a ese servicio y la administración sólo podía exonerarse alegando fuerza mayor, culpa exclusiva de la víctima o el hecho de tercero, el que para el caso tenía que ser una persona ajena al servicio mismo.

"La entidad demandada no probó ninguna causal exculpativa. La culpa personal del agente, alegada por la Fiscalía, no puede aceptarse, entre otras razones, porque dada la forma como se cumplieron los hechos es imposible deslindar el insuceso perjudicial del servicio mismo. El hecho lo propició un Agente del Estado, en tiempo de servicio y con arma oficial".

"Establecida plenamente la responsabilidad del Estado, conforme a las consideraciones anteriores, debe el Tribunal fijar los perjuicios solicitados.

"1.- Perjuicios morales:

"Se encuentra demostrado que los señores Ramiro Farfán Garzón y Waldina Fierro Lamilla son los padres legítimos del occiso Harleyn Farfán Fierro (folios 2, 3, 4 y 9 cuaderno principal) como también de los menores Yesid David, Wuilton, Taryn Marby y José Hamid Farfán Fierro quienes son hermanos legítimos de la víctima (folios 4, 5, 6, 7 y 8 del cuaderno principal).

"Respecto de los padres se presumen los perjuicios morales los cuales se fijaran en el equivalente del precio de un mil (1.000) gramo oro para cada uno de ellos, conforme a reiterada jurisprudencia del H. Consejo de Estado.

"Con relación a los hermanos, como se demostró con los testimonios de Alvaro Narváez Quino (folio 52 a 55), Odilia Fierro Lamilla (folio 60 a 62) y Virgilio González (folio 63 y 64) que la muerte de su hermano Harleyn les causó profunda tristeza ya que todos habían vivido siempre bajo el mismo techo y los unían lazos de afecto y solidaridad, se reconocerán perjuicios morales a éstos, fijando para cada uno de ellos el equivalente a quinientos (500) gramos oro.

"2.- Perjuicios materiales.

"Los perjuicios materiales deben demostrarse plenamente, no estándolo en el caso de estudio, por cuanto todo indica que el joven Harleyn Farfán Fierro dependía económicamente de sus padres, y si bien se ha afirmado que en sus ratos libres ayudaba a su padre en la venta de

boletas, tal actividad resultaba muy esporádica, teniendo en cuenta que el joven estaba prestando el servicio militar.

"Tampoco se demostró la remuneración que se dice devengaba la víctima por estar prestando el servicio militar y en el supuesto caso de que así fuera su monto apenas alcanzaría para sus gastos personales, mas no para ayudar a sus padres, debiéndose negar el reconocimiento de perjuicios materiales cuyo resarcimiento se solicita en la Demanda" (fl. 132-145, C. 1).

-II-

CONDUCTA PROCESAL DEL APODERADO DE LA NACION MINISTERIO DE DEFENSA

Dentro del término que brinda la ley alegó de conclusión para solicitar que se revoque la sentencia y, en su lugar, se absuelva al centro de imputación jurídica demandado:

"Al respecto, hay que tener en cuenta que la disposición jurisprudencial citada al punto 23 de los hechos de la demanda y transcrita nuevamente en providencia de abril 07 de 1992, proferida por el H. Tribunal Administrativo del Huila o sea la Sentencia de Abril 28 de 1989 expediente No. 3852, Actor JAIRO RODRIGUEZ DURAN, contra la Nación Ministerio de Defensa Nacional, emanada del H. Consejo de Estado, relacionada con la muerte del soldado Carlos Alberto Rodríguez Sánchez, "cuya muerte fue ocasionada con arma de dotación oficial por el soldado José Gilberto Quintero, en el escuadrón de reacción inmediata de la Base Aérea "Luis F. Pinto", en Melgar Departamento del Tolima"; dicha situación fue definida mediante providencia de noviembre 20 de 1.991, consejero ponente: Dr. Luis Eduardo Jaramillo Mejía, dentro del expediente No. S-108, correspondiente a recurso extraordinario de súplica interpuesto contra la sentencia aludida de 28 de abril de 1.989, proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado, cuyo fallo afirma la sentencia en comento, disponiendo en su lugar: "Niéganse las peticiones de la demanda", habida consideración que la ratificación de los testimonios rendidos no pudo llevarse a cabo, como tampoco las declaraciones de los testigos pudieron ser recepcionados teniendo en cuenta que la aludida falta de ratificación impide la apreciación de los primeros "tal como lo ha reiterado la jurisprudencia de la Sala". Se toma igualmente en consideración el hecho de no haberse obtenido respuesta de un oficio y conceptuando al literal c) de los considerandos, que: c) la copia de las sentencias penales, por sí solas tampoco son suficientes para demostrar esa falla".

"Considerándose igualmente que "con respecto al fallo de segunda (el de primera fue revocado) proferido por la justicia penal, él es prueba de la muerte del señor Carlos Rodríguez Sánchez el día 30 de abril de 1982 en el escuadrón de reacción rápida de la Fuerza Aérea de la Base de Melgar, a manos del soldado José Gilberto Quintero, pero no de las demás circunstancias que rodearon el insuceso..." (providencia discutida y aprobada por Sala de Decisión de noviembre 19 de 1991).

"Además de las consideraciones anteriores, se ha descartado lo ampliamente alegado dentro de este proceso, donde la responsabilidad de carácter patrimonial extracontractual de tipo administrativo por parte de la Nación -Ministerio de Defensa Nacional no encuentra la conexidad ideológica necesaria para así constituirse, habida consideración que muy poco interés se ha puesto a una de las causales de exoneración de responsabilidad administrativa en favor de la Nación, cual es el hecho de no tenerse en cuenta que el soldado García Tovar en su indagatoria aceptó haber ocasionado los hechos en forma imprudente, que el funcionamiento de su fusil era perfecto y que había recibido instrucción sobre el catálogo de armas, declaración con la cual desvirtúa de manera contundente una falla de carácter administrativo contra la Nación.

"Ahora según el testimonio de Luciano Fajardo Gordo (fl. 55) sostiene que era costumbre entre Harleyn Farfán y Nelson García Tovar "molestar con las armas que les habían sido asignadas" y que inclusive ya les habían advertido de que no molestarán de esa manera porque cualquier día no se daban cuenta del fusil y les ocurría una tragedia" como algo mas que agotar a los hechos que nos ocupan.

"En igual sentido, la declaración de Urbanovit Marroquín Cruz: "que la muerte de éste obedeció a una broma que se gastó Harleyn Farfán con el soldado García Tovar..." y además porque el soldado Nelson García no se encontraba en ese momento de servicio..."

"Finalmente, tenerse en cuenta que Nelson García Tovar al rendir indagatoria acepta ser un hecho cierto de su costumbre de jugar con sus armas, bromas que por lo general iniciaba Farfán y él las secundaba.

"Orientaciones éstas que desvirtúan que se trate de alguna manera de una falla del servicio o de la administración, por las consideraciones expuestas y por resultar así tanto del acervo probatorio, como de la realidad de los hechos mismos, circunstancias que vienen a girar en torno de la culpa de la víctima (bromas) o la culpa personal del agente, como queda expuesto, al considerarse que de parte de la Administración se ofrecieron todas las prevenciones necesarias para evitar los resultados.

"Se presenta entonces fractura en la conexidad ideológica necesaria para poder fijar la responsabilidad administrativa por parte de la Nación,

para lo que ha de tenerse en cuenta igualmente que el resultado de la acción personal del victimario, en este caso, no le fue en desarrollo de actividades de reacción de tipo castrense, ni mucho menos, relacionadas con el encuentro armado o algo por el estilo." (fl. 155-157, C. 1).-

-III-

CONDUCTA PROCESAL DEL MANDATARIO JUDICIAL DE LA PARTE ACTORA

También alegó dentro del término de ley y discurrió, en lo pertinente, dentro del siguiente temperamento:

"De los autos surge con claridad meridiana la FALLA DEL SERVICIO por parte de la administración, como causa determinante de la muerte trágica padecida por el soldado bachiller HARLEYN FARFAN FIERRO, ocurrida el 17 de Octubre de 1988, en el batallón de apoyo de servicio para el combate # 9 "CACICA GAITANA" adscrito a la novena brigada, con sede en la ciudad de Neiva.

"El protagonista de este fatal insuceso, fue el soldado bachiller NELSON GARCIA TOVAR, quien como el occiso soldado bachiller HARLEYN FARFAN FIERRO, se encontraba desempeñando sus funciones y atribuciones dentro del servicio militar obligatorio. Para el día antes citado, día de la tragedia, la víctima revisaba su fusil, al tiempo que significaba que dicha arma se encontraba sucia, pero el accionarla no representaba riesgo alguno porque estaba con el seguro de que hablan los reglamentos militares. En el mismo instante, su compañero, soldado bachiller NELSON GARCIA TOVAR, en funciones de servicio, tomó su fusil de dotación oficial, expresando que dicha arma si estaba limpia, procediendo a accionarla contra el cuerpo del soldado HARLEYN FARFAN FIERRO, ocurriendo que de dicha arma salió un disparo que vino a impactar la humanidad del occiso, ocasionado los destrozos de que habla la diligencia de necropsia, sobreviniendo su deceso al poco tiempo, ante la estupefacción y perplejidad de todos sus compañeros de servicio militar.

"El disparo se produce, con tan fatales consecuencias, en razón de que la mortífera arma que lo hizo posible, tenía alojado un proyectil en su recámara y además se encontraba desasegurada. El soldado bachiller que accionó el arma, había omitido inspeccionarla para verificar de que estuviera descargada y además que estuviera con el seguro del caso, mecanismo que impide la salida de proyectil alguno; es decir que el accionante había omitido estas prudentes medidas de seguridad, cuando los reglamentos militares y esencialmente el servicio de guarnición de las fuerzas militares, obligan a mantener sus armas de dotación oficial

con todos los cuidados posibles, sin tiros en la recámara, a no ser que estén en combate, pero además con seguro, para impedir que imprudentemente sean disparadas y ocasionen un daño en función de la imprudencia.

"Está bien claro que la conducta del soldado bachiller que accionó el arma en la forma antes establecida, incurrió en una grave imprudencia, fruto de la omisión, tal como está establecido en los hechos de la demanda. Si la víctima en alguna forma hacia una demostración de que su arma estaba sucia, había reparado muy prudentemente en que no habían tiros en la recámara de su arma y que estaba debidamente asegurada y por mismo al accionarla no podía salir proyectil alguno de dicha arma. Si se accionaba, sonaba en seco el arma, es decir que el soldado FARFAN FIERRO guardaba todos los cuidados que indican los reglamentos militares.

"Era por ello que en los hechos de la demanda se hizo hincapié en que el soldado GARCIA TOVAR, al accionar su arma procedió sin tener el suficiente cuidado de percatarse de que ella estuviera debidamente asegurada, sin proveedor y cuanto que no asumió una conducta de previsión, sino de omisión, fue por lo que se disparó el proyectil contra la humanidad del soldado FARFAN FIERRO y se produjo su muerte.

"Esta conducta de imprevisión, aceptada por el sindicado soldado GARCIA TOVAR, cuando manifiesta "que no se dio cuenta que el fusil tuviera el proveedor y estuviera desasegurado", no obstante de haber recibido instrucción sobre el catálogo de seguridad de las armas, fue lo que llevó a la Justicia Penal Militar a deducir responsabilidad por homicidio culposo contra el soldado NELSON GARCIA TOVAR y así está consignado en la sentencia de primera instancia, lo mismo que en la segunda instancia, proferida por el Honorable Tribunal Militar, con fecha 14 de febrero de 1989, providencias que hacen parte de los cuadernos de prueba de este expediente indemnizatorio.

"Lo ocurrido con tan dolorosas consecuencias, era previsible. Si el arma es revisada detenidamente por su portador, soldado GARCIA TOVAR y él advierte que estaba desasegurada y con el proveedor nunca le hubiera accionado, pero en este caso, medió la imprevisión de lo que era previsible y ello fue lo que produjo el daño. Y esta imprevisión que iba contra todos los reglamentos militares y el catálogo de seguridad de las armas, que se traduce en imprudencia, significa que existió protuberantemente la falta o falla en el servicio de la administración.

"Es incuestionable que la omisión que se palpa en este caso y que desembocó en la imprevisión es constitutiva de la FALLA EN EL

SERVICIO, en razón de esa estrecha RELACION DE CAUSALIDAD entre la falla y el daño generados de las obligaciones reparatorias.

"En un caso culposo, semejante al que nos ocupa de José Agustín Vásquez González y Otros contra la Nación, expediente No. 6357, en sentencia de 7 de julio de 1991, se dijo por la Sala de decisión del Consejo de Estado, lo siguiente: "Ahora bien: la responsabilidad estatal por falta o falla en el servicio requiere la demostración de esta por irregularidad, retardo u omisión en el servicio, un daño o lesión que se traduzca en la perturbación de un bien o un derecho jurídicamente protegido, y la relación de causalidad entre esta falta o falla en el servicio y el daño, esto es, que ésta sea consecuencia directa de aquella.

"Además la noción de responsabilidad del Estado exige la ausencia de causal que exonere a la administración.

"En el caso, luego de un ponderado análisis del conjunto de pruebas, es forzoso concluir que se acreditaron todos y cada uno de los elementos de responsabilidad, recayendo la falta o falla del servicio en el manejo imprudente y descuidado que el agente hizo respecto de arma de dotación oficial, instrumento que por su especial peligrosidad debe ser portado y manejado con suma prudencia y cuidado, para evitar hechos lamentables, como los que dieron origen al presente litigio. Y, mas ostensible resulta la falta de la debida precaución cuando en el *sub-lite* antecedieron instructivos de seguridad, por parte de los superiores del agente sobre los cuidados que debían tenerse en el manejo de las armas de dotación..", recalcándose en la circunstancia, al final de que si el agente hubiera atacado la instrucción de mantener puesto el seguro del arma y sin bala en la recámara, nunca se hubiera disparado el arma, y, obviamente, el hecho no hubiera sucedido.

"Tales aspectos jurisprudenciales son valederos para el caso de que nos ocupamos, pues los hechos fueron rodeados por las mismas circunstancias de imprudencia, por tanto de omisión." (fl. 159, 161, Cuaderno principal).

-IV-

CONSIDERACIONES DE LA SALA

A) La sentencia consultada será confirmada, pues en ella se hace una seria y justa valoración de todas las circunstancias legales y particulares del caso, por lo que se impone concluir que el fallo, en todo su universo, se ajusta a la ley y al derecho.

Para llegar a la anterior verdad jurídica basta recordar que el Tribunal Superior Militar, en providencia calendada el día catorce (14) de Febrero de mil novecientos ochenta y nueve (1989) (C 2. fol 94), confirmó el fallo proferido por el señor Presidente del Consejo de Guerra Verbal, convocado por el Comando del Batallón de Apoyo de Servicios para el Combate No. 9 "Cacica Gaitana", Juez de Primera Instancia, en virtud del cual se condenó al SL. NELSON GARCIA TOVAR, a la pena principal de doce (12) meses de PRISION, como responsable del delito de homicidio, en la modalidad de culposo, por los hechos ocurridos el diecisiete (17) de octubre de mil novecientos ochenta y ocho (1.988).

En los resultados del referido proveído se lee:

"2o.- El Juez de Primera Instancia, el señor Comandante del Batallón de Apoyo de Servicios para el Combate No. 9 "Cacica Gaitana", por medio de la resolución No. 004 de octubre 19 de 1988, designó a la Auditoria Auxiliar 16 de Guerra, como funcionaria la instrucción especial para que adelantara la investigación a raíz de los hechos informados por el ST. DARIO SILVA GALEANO. En el expediente penal obran los documentos probatorios de la calidad de militar, de Soldado adscrito a la precitada Unidad Táctica, de NELSON GARCIA TOVAR, el acta de levantamiento del cadáver, de necropsia y de defunción del SL. ARLEY FARFAN FIERRO; los testimonios de los soldados JULIO CORREDOR MOLINA, URBANOVIT MARROQUIN CRUZ, ARTURO MURILLO BENAVIDES, FREDY MUÑOZ MALAGON, DEMETRIO GUTIERREZ YATE y LIZARDO CUELLAR JOVEN, quienes son concordantes en afirmar la forma como sucedieron los acontecimientos; que el SL. FARFAN FIERRO cogió el fusil del SL. CUELLAR y comenzó a cargar y a descargar el arma a tiempo que le decía a GARCIA que el fusil se encontraba sucio; que a su vez el SL. GARCIA tomó su fusil de dotación, manifestando que ese si estaba limpio y en ese momento ambos soldados se apuntaron recíprocamente con las armas, las desaseguraron, procediendo FARFAN FIERRO a disparar en seco hacia GARCIA TOVAR quien hizo otro tanto con tan mala suerte que hubo dos disparos uno de los cuales hirió a FARFAN FIERRO en el costado izquierdo, a la altura de la costilla, saliéndole por el costado derecho, falleciendo horas mas tarde; la indagatoria del SL. NELSON GARCIA TOVAR quien acepta los hechos y explica que no se dio cuenta que el fusil tuviera el proveedor y estuviera desasegurado; que con el occiso eran muy buenos amigos; que el funcionamiento de su fusil era perfecto y recibió instrucción sobre el catálogo de seguridad de las armas. (fls 95-96, C. 2).

A su turno, en los considerandos de la misma providencia se destaca:

"3o.- La calidad de militar, de soldado, del Comando del Batallón de Apoyo de Servicios para el Combate No. 9 "Cacica Gaitana", de

NELSON GARCIA TOVAR, está probada con los documentos que exige la ley.

"Igualmente se probó con las actas de levantamiento del cadáver, de necropsia y defunción, la muerte del SL. ARLEYN FARFAN FIERRO.

"La autoría de la muerte del SL. ARLEYN FARFAN FIERRO se imputa a su compañero el SL. NELSON GARCIA TOVAR. Este uniformado no niega estas imputaciones, por el contrario, en su indagatoria, acepta la forma como sucedieron los hechos y que no entiende cómo se le disparó el fusil causándole la muerte a FARFAN FIERRO que para él era como un hermano.

"Hay que descartar cualquier imputación de tipo doloso al SL. GARCIA por la muerte de su compañero, el SL. FARFAN FIERRO. Los términos de su indagatoria y los de los testimonios de los militares, a quienes les consta cómo sucedieron los hechos, dejan en claro que entre los dos uniformados había una estrecha amistad y el disparo sucedió por la manera tan imprudente como actuó el SL. GARCIA TOVAR." (fl. 98, C. 2).

Dentro del universo probatorio que se deja relatado no hay espacio para la duda que impida concluir que en el caso *sub-exámine* se dio la falla del servicio. Para fundamentar la condena no es necesario utilizar la jurisprudencia que el apoderado del centro de imputación jurídica demandado recuerda que fue dejada sin piso por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. La mera circunstancia de que la justicia penal se hubiese ocupado de sancionar la conducta antijurídica, permite concluir que el hecho tuvo realización CON OCASION DEL SERVICIO Y DENTRO DEL MISMO. Ninguna causal de exoneración se probó. Ni la fuerza mayor, ni el caso fortuito, ni el hecho de un tercero, ni la culpa exclusiva de la víctima. Si como lo afirma el apoderado de la Nación-Ministerio de Defensa, en su alegato ante esta instancia, a los soldados se les había advertido "DE QUE NO MOLESTARAN DE ESA MANERA PORQUE CUALQUIER DIA NO SE DABAN CUENTA DEL FUSIL Y LES OCURRIA UNA TRAGEDIA.", es porque *ab initio* ella presentía, y nada se hizo para evitarla. Se sancionó a los soldados por su comportamiento? Se hicieron esfuerzos para evitar las "BROMAS" graves que ellos hacían? Por qué no se tomaron medidas para que no se jugara con las armas? Por qué no funcionaron los controles que se tienen para que en casos como el presente los fusiles estén descargados? En el caso en comento no aparece rota la RELACION DE CAUSALIDAD. Por el contrario, ella se vivencia en todo su universo. En todos los casos en que las armas de la República sean utilizadas para fines o actividades que no encuadran dentro de la Constitución y la ley, la administración es responsable.

Si alguna de las perspectivas doctrinarias que tradicionalmente han permitido manejar situaciones como las que se estudia, ofrecieran espacios de duda, se impondría dar aplicación al artículo 90, inciso 1o. de la Constitución Nacional, que dispone:

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

Y se predica de lo anterior, porque la antijuridicidad no se ubica sólo en el campo de lo que es CULPOSO o DOLOSO sino también en el ámbito que lleva a predicar que ninguna persona está obligada a sufrir un detrimento patrimonial que por la ley no tenga que soportar. Los soldados de la República con reclutamiento para cumplir con exigencias constitucionales, que buscan mantener la seguridad interior y exterior de la misma. Si ingresan al servicio en condiciones óptimas de salud, como es de rigor, deben volver al seno de sus familias en el mismo estado, soportando, claro está, los riesgos propios de su misión. Nada mas, pero tampoco nada menos. La misma filosofía de SOLIDARIDAD DE LAS PERSONAS, de que trata el artículo primero de la Carta Fundamental, aporta piso firme a la responsabilidad. Si se sirve a la comunidad, ésta debe reparar los daños causados con ocasión de ese servicio, salvo los casos de excepción que consagre la ley.

Que la responsabilidad sea objetiva o nó, no es aspecto realmente trascendental. Lo que importa, al fin y al cabo, es que se haga una correcta interpretación de la conducta humana con el fin de realizar el valor supremo, esto es, la justicia, que bien puede ser no la legal sino la del caso concreto.

8) Los demandantes RAMIRO FARFAN GARZON y WALDINA FIERRO LAMILLA, (padres), demostraron estar legitimados por activa. Lo propio cabe predicar de los hermanos del occiso, YESID, DAVID, WUILTON, TARYN MARBY y JOSE HAMID FARFAN FIERRO, respecto de los cuales la Sala presume el afecto, reiterando así la pauta jurisprudencial que se fijó en sentencia de 16 de julio de 1992, Expediente No. 6750, Actor LUIS MARIA CALDERON, Consejero Ponente, Dr. Daniel Suárez Hernández, en la cual se lee:

> "En punto tocante con perjuicios morales, hasta ahora se venían aceptando que estos casos se presumen para los padres, para los hijos y los cónyuges entre sí, mientras que para los hermanos era necesario acreditar la existencia de especiales relaciones de fraternidad, o sea, de afecto, convivencia, colaboración y auxilio mutuo, encaminados a llevar al fallador la convicción de que se les causaron esos perjuicios resarcibles. Ocurre sin embargo, que la Constitución Nacional que rige en el país actualmente, en su artículo 2o., señala que Colombia como Estado Social de derecho que es, tiene como fines esenciales el de servir a la comunidad,

promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la misma; también el de facilitar la participación de todos en las decisiones que los afecte y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; al igual que defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacifica y la vigencia de un orden justo.

"Por su parte el artículo 42 de la Carta Política, establece que el Estado y la sociedad tienen como deber ineludible el de garantizar la *protección integral de la familia*, núcleo fundamental de la sociedad, que se "constituye por vínculos naturales y jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla". Y agrega que "Cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley. *Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica tienen iguales derechos y deberes*". (Subrayas fuera del texto).

"La ley no ha definido taxativamente las personas que integran la familia que goza de la especial protección del estado y de la sociedad en general. Así las cosas, podría adoptarse como criterio interpretativo el concepto amplio de familia, como aquellos parientes próximos de una persona a los que se refiere el artículo 61 del C.C., que es el siguiente tenor:

"En los casos en que la Ley dispone que se oiga a los parientes de una persona, se entenderá que debe oírse a las personas que van a expresarse y en el orden que sigue.

"1o. Los descendientes legítimos;

"2o. Los ascendientes legítimos;

"3o. El padre y la madre naturales que hayan reconocido voluntariamente al hijo, o este a falta de descendientes o ascendientes legítimos;

"4o. El padre y la madre adoptantes, o el hijo adoptivo, a falta de parientes de los números 1o., 2o. y 3o.;

"5o. Los colaterales legítimos para el sexto grado, a falta de parientes de los números 1o., 2o., y 4o.;

"6o. Los hermanos naturales, a falta de los parientes expresados en los números anteriores;

"7o. Los afines legítimos que se hallen dentro del segundo grado, a falta de los consanguíneos anteriormente expresados.

"Si la persona fuere casada, se oirá también, en cualquiera de los casos de este artículo a su cónyuge; y si alguno o algunos de los que deben oírse, no fueren mayores de edad o estuvieren sujetos a potestad ajena, se oirá en su representación a los respectivos guardadores, o a las personas bajo cuyo poder y dependencia estén constituidos.".

También resulta procedente tomar como familia los que los tratadistas definen como familia nuclear, esto es, la integrada por los parientes en primer grado a que alude el artículo 874, ordinal 3o. ibídem, que reza:

"La familia comprende (además del habitador cabeza de ella) a la mujer y a los hijos; tanto los que existen al momento de la constitución, como los que sobrevienen después, y esto aún cuando el usuario o habitador no éste casado, ni haya reconocido hijo alguno a la fecha de la constitución".

"La familia para fines de las controversias indemnizatorias, está constituida por un grupo de personas naturales, unidas por vínculos de parentesco natural o jurídico, por lazos de consanguinidad, o factores civiles, dentro de los tradicionales segundo y primer grados señalados en varias disposiciones legales en nuestro medio.

"Así las cosas, la Corporación varía su anterior posición jurisprudencial, pues ninguna razón encuentra para que en un orden justo se continúe discriminando a los hermanos, víctimas de daños morales, por el hecho de que no obstante ser parientes en segundo grado, no demuestren la solidaridad o afecto hasta hoy requeridos, para indemnizarlos. Hecha la corrección jurisprudencial, se presume que un daño antijurídico inferido a una persona, causado por la acción u omisión de las autoridades públicas genera dolor y aflicción entre sus parientes hasta el segundo grado de consanguinidad y primero civil, ya sean ascendientes, descendientes o colaterales.

"Como presunción de hombre que es, la administración está habilitada para probar en contrario, es decir, que a su favor cabe la posibilidad de demostrar que las relaciones filiales y fraternales se han debilitado notoriamente se han tornado inamistosas o, incluso que se han deteriorado totalmente."

"En síntesis, la Sala tan solo aplica el criterio lógico y elemental de tener por establecido *lo normal* y de requerir la prueba de *lo anormal*. Dicho de otra manera, lo razonable es concluir que entre hermanos, como miembros de la célula primaria de toda sociedad, (la familia), exista cariño, fraternidad, vocación de ayuda y solidaridad, por lo que la lesión o muerte de algunos de ellos afectan moral y sentimentalmente al otro u otros. La conclusión contraria, por excepcional y por puesta a

la lógica de lo razonable, no se puede tener por establecida sino en tanto y cuanto existan medios probatorios legal y oportunamente aportado a los autos que así la evidencien".

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

FALLA:

1o) CONFIRMASE la sentencia calendada el día siete (7) de abril de mil novecientos noventa y dos (1.992), proferida por el Tribunal Administrativo del Huila, dentro del proceso del rubro, por las razones dadas en los considerandos de este fallo;

2o) Ejecutoriada la presente providencia, devuélvase el expediente al tribunal de origen.

3o) Expídanse las copias con destino a los interesados, precisando cual de ellas presta mérito ejecutivo.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE.

Daniel Suárez Hernández, Presidente de la Sala; *Carlos Betancur Jaramillo, Juan de Dios Montes Hernández, Julio César Uribe Acosta.*

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

NOTA DE RELATORIA: En el mismo fallo se reitera jurisprudencia contenida en la sentencia de julio 16 de 1992, Exp. 6750, relacionada con la presunción de perjuicios morales entre hermanos.

ACTO DE TRAMITE/ACTO PARTICULAR/ACCION DE NULIDAD- Improcedencia

Los acuerdos cuya nulidad se impetra son simples actos de trámite, que no alcanzan a poner fin a una actuación, pues no hacen imposible su continuación. La autorización dada por la Junta Directiva del Incora al Gerente para "CELEBRAR ACUERDOS CON LAS COMUNIDADES INDIGENAS" no está modificando, de entrada, ninguna situación jurídica abstracta o concreta, por lo que no puede afirmarse que se esté violando la ley o un derecho subjetivo. Con la misma filosofía se impone concluir que el ACUERDO celebrado entre el INCORA y el CONSEJO REGIONAL INDIGENA DEL CAUCA -CRIC- es sólo un camino sembrado de buenas intenciones, orientado a beneficiar a las comunidades indígenas, hipótesis que puede darse, y permitir sin mayores esfuerzos, la ejecución del plan. En el hipotético caso de que estuviera frente a verdaderos ACTOS ADMINISTRATIVOS, el contenido de éstos sería PARTICULAR, pues se estaría frente a una voluntad unilateral de la administración, orientada a influir en la esfera jurídica de cada uno de los dueños de los predios, que eventualmente pudieran ser expropiados, circunstancia frente a la cual los supuestos actos administrativos tampoco podrían ser impugnados a través de la acción de simple nulidad, pues dad la índole de los mismos, podrían predicarse de ellos que, por su SIMPLE ANULACION, se obtiene *IPSO JURE*, el restablecimiento del derecho. Así las cosas, la acción seria de nulidad y restablecimiento del derecho.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.

Santafé de Bogotá, D.C., Septiembre veinticuatro (24) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Doctor Julio César Uribe Acosta.*

Referencia: Expediente N°. 7658 Actor : Antonio Barrera Carbonell.

Demandado: Instituto Colombiano de la Reforma Agraria - INCORA-

-I-

El Dr. Antonio Barrera Carbonell, actuando en su propio nombre, y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C.C.A., solicita que con citación y audiencia del INSTITUTO COLOMBIANO DE LA REFORMA AGRARIA -INCORA-, se hagan las siguientes declaraciones y condenas.

"Es nulo el acto administrativo de la Junta Directiva del INSTITUTO COLOMBIANO DE LA REFORMA AGRARIA "INCORA", contenido en el punto VIII VARIOS, del acta No. 744 del 19 de diciembre de 1.991, en cuanto autorizó al señor Gerente General, "en vista de la situación creada en el Norte del Departamento del Cauca y específicamente por los hechos violentos de que fue víctima la comunidad indígena de esa región y sus voceros encaminados a establecer programas especiales de adquisición y dotación de tierras que satisfagan sus necesidades y coadyuven los procesos de prevención y solución de los conflictos de tierras que en ellas se presentan.".

"2. Es igualmente nulo el acto administrativo, contenido en el "ACTA DE ACUERDO", de fecha diciembre 23 de 1.991, celebrado entre el INSTITUTO COLOMBIANO DE LA REFORMA AGRARIA, - "INCORA" y el Consejo Regional INDIGENA DEL CAUCA -CRIC- en relación con el saneamiento territorial indígena Páez del Norte del Departamento del Cauca.". (pág. 91 Cdno No. 1).

Igualmente, y en escrito separado, impetra la suspensión provisional de los citados convenios, la cual sustenta dentro del siguiente universo:

"Con la expedición de los actos acusados se violaron en forma manifiesta y flagrante, las siguientes normas: artículos 1o., numerales 1, 2 y 4, 3o. letras c) y h), 54, 55, 57, 58 y 59 y 94 de la Ley 135 de 1.961, con las reformas introducidas por la Ley 30 de 1.988, artículo 43 del C.C.A. Art. 1o. y 3o. a 9o. Decreto 2107-88.

"CONCEPTO DE LA VIOLACION:

"Los actos administrativos acusados, dado que conllevan la adopción de un verdadero y real programa de reforma agraria en beneficio de varias

comunidades indígenas y la definición de específicas y concretas zonas de reforma agraria, en áreas geográficas determinadas, son violatorios, en forma manifiesta, de las siguientes disposiciones legales y reglamentarias:

"-Artículos 1o, (numerales 1, 2 y 4), 3, (letras C y h), 54 y 58 (numerales 1, 2 y 3) de la Ley 135 de 1.961, ya que estas normas claramente establecen que para adelantar programas de reforma agraria se requiere la delimitación de las zonas de reforma agraria en áreas precisas y determinadas del territorio nacional, mediante un acto de la Junta Directiva del INCORA, que debe ser expedido previa la realización de los estudios técnicos económicos y sociales sobre la viabilidad de los respectivos programas. El programa anual de actividades del INCORA, junto con la determinación de las zonas de reforma agraria, debe ser publicado en dos diarios de amplia circulación nacional, dentro de los treinta (30) días siguientes a la fecha de su aprobación.

"En el caso que nos ocupa, los actos administrativos, cuya nulidad se demanda, no cumplieron con el requisito de ser expedidos por la Junta Directiva del INCORA y publicados, como se indicó antes. En tal virtud, son violatorios, además, del artículo 43 del C.C.A., norma que exige para su obligatoriedad la publicación de los actos de contenido general.

"-Artículo 1o., 3o., 4o., 5o., 6o., 7o., 8o., y 9o. del Decreto 2107 de 1.988, reglamentario de las normas citadas anteriormente, los cuales reiteran: la forma como debe establecerse por la Junta Directiva del INCORA el plan anual de actividades; determinarse las áreas de reforma agraria; publicarse dichos plan y zonas y los estudios (parágrafo, artículo 6o.) que debe realizar el INCORA, para la determinación de las zonas de reforma agraria y la ejecución de los programas de adquisición de tierras, contemplando "los requerimientos de la Zona por servicios públicos, vías, capital de trabajo, recurso de crédito, infraestructura y canales de comercialización de la producción agropecuaria en la región y demás factores de desarrollo que permitan a su vez definir la extensión, uso y productividad de cada unidad agrícola familiar.

"- Específicamente, se violaron por el numeral 1 de las bases del acuerdo las normas de la ley 135 de 1.961 y del decreto 2107 de 1.988, citadas en los dos (2) párrafos inmediatamente anteriores, porque se adquiere por el INCORA un compromiso de adquirir tierras sin que previamente se hubiese adoptado por la Junta Directiva los correspondientes programas y definido las zonas de reforma agraria, con base en los estudios requeridos para tal fin.

"-Al establecerse en el numeral 2 del acuerdo que la adquisición de tierras debe hacerse, según el listado de predios presentado por el CRIC, igualmente se violan dichas normas y, además, el numeral 3 del artículo 58 de la ley 135 de 1.961 y el artículo 11 del decreto 2107 de 1.988, en cuanto determinan que una vez aprobado el programa anual de actividades del INCORA y determinadas las zonas de reforma agraria se deben efectuar los estudios, visitas, la elaboración de planos, avalúos y demás diligencias que se requieran para la identificación técnica y determinación de la aptitud agrológica de los predios que se pretenda adquirir.

"Desconoce dicho numeral del acuerdo, al decir que se dará preferencia en la adquisición de las fincas que hayan sido ofrecidas voluntariamente y que se procederá a afectar los predios "no ofertados", el artículo 55 de la ley 135 de 1.961, ya citado antes, que señala el orden de prelación que debe observar el INCORA en la adquisición de tierras de propiedad privada, así como el procedimiento prescrito en los artículos 58 y 59 de dicha ley para la adquisición por negociación directa o expropiación de los predios que se requieran para la ejecución de sus programas.

"-El numeral 4 del acuerdo, en cuanto autoriza al INCORA para adquirir predios "sin referencia a sus condiciones agrotécnicas", viola en forma flagrante los artículos 57, regla segunda, 58 numeral 3, de la ley 135-61 y 11 del decreto 2107 de 1.988, porque de su contenido se desprende que el INCORA no puede sino adquirir predios que sean adecuados "para labores agrícolas o de ganadería eficiente.". (folios 106 a 108 del cdno No. 1).

Para la mejor comprensión jurídica de todas las circunstancias legales generales y particulares del caso, se transcriben a continuación los hechos de la demanda, los cuales son relatados dentro del siguiente temperamento:

"1. A raíz de los hechos violentos de que fueron víctimas varios miembros de la comunidad indígena de Huellas que habían invadido el predio el Nilo, ubicado en el Municipio de Caloto, Departamento del Cauca, de propiedad del señor FREDDY SALDARRIAGA, la Junta Directiva del INSTITUTO COLOMBIANO DE LA REFORMA AGRARIA "INCORA", autorizó a la Gerencia General" para celebrar acuerdos con las Comunidades Indígenas de esa región y sus voceros encaminados a establecer programas especiales de adquisición y dotación de tierras que satisfagan sus necesidades y coadyuven los procesos de prevención y solución de los conflictos de tierras que en aquellas se presentan.".

"2. Con fecha 23 de diciembre de 1.991, se celebró un acuerdo entre el INSTITUTO COLOMBIANO DE LA REFORMA AGRARIA "INCORA" y el Consejo Regional Indígena del Cauca -CRIC, en relación

- con el saneamiento territorial indígena Páez del Norte del departamento del Cauca.

"3. Analizado el contenido del mencionado acuerdo se observa, que el mismo tiene como finalidad buscar solución a los programas y necesidades de tierras de las comunidades indígenas del Norte del departamento del Cauca, mediante la realización de un programa de adquisición de tierras, con arreglo a las siguientes bases.

"3.1. El compromiso del INCORA de adquirir 15.663 hectáreas, durante los años 1.992, 1993 y 1994, en los municipios de Caloto, Corinto, Miranda, Buenos Aires, Santander de Quilichao Jambaló, con destino a las comunidades indígenas de Huellas, La Concepción, Las Delicias, Canoas, La Cilia, Munchique- Los Tigres, Guadalito y Jambaló, a razón de 5.221 hectáreas, para cada una de ellas.

" 3.2. El desarrollo del programa, con fundamento en:

"a) El listado de predios rurales situados en los municipios mencionados, presentado por el CRIC al INCORA en Popayán el día 4 de octubre de 1.991.

"b) La preferencia en la adquisición de tierras ofrecidas voluntariamente.

"c) El envío de "comunicaciones a los dueños de predios no ofertados expresándoles la necesidad del Instituto de adquirirlos con fundamento de sus atribuciones legales.".

"d) La posibilidad de adelantar "procesos de intervención oficiosa", cuando los propietarios no estén dispuestos a enajenarlos voluntariamente al INCORA".

"3.3. Como se trata de un programa de adquisición de tierras que comprende el concepto de territorialidad indígena, los conceptos técnicos que se emitan sobre las fincas respectivas deben ajustarse a los fines de aquel y las comunidades indígenas son conscientes y responsables de esta propuesta que formulan al instituto, en el sentido de aceptar los predios sin referencia a sus condiciones agrotécnicas.".

"3.4. El compromiso de las comunidades indígenas que suscriben el acuerdo y el CRIC de "no promover o avanzar en los procesos de recuperación, invasión u ocupación de hecho de las fincas rurales situadas en los municipios de la zona mencionada.".

"4. No obstante que, formal y aparentemente el referido acuerdo es un acto administrativo de carácter convencional o contractual, lo cierto es

que tiene un carácter normativo frente a terceros, esto es, los propietarios de los predios ubicados en el área de desarrollo del programa y las comunidades indígenas destinatarias del mismo y, por consiguiente, revela unilateralidad de una decisión del INCORA frente a dichos terceros; en efecto, en el acuerdo se determina el número de hectáreas objeto de adquisición por el INCORA, el área geográfica, los predios que deben ser adquiridos (los que figuran en el listado del CRIC), la orden de adquirir los correspondientes predios, el orden de preferencia en la adquisición, el procedimiento que debe seguirse para la formulación de ofertas de compra por el INCORA, la aplicación del concepto de territoriedad indígena, para omitir la obligación legal del INCORA de adquirir solamente predios aptos para el desarrollo de labores agropecuarias, etc.,

" 5. Con fecha 18 de junio de 1.991, el suscrito solicitó a la Gerencia General del INCORA, la expedición de copia del acta de acuerdo del 23 de diciembre de 1.991, celebrado entre dicha entidad y el CRIC y de los actos administrativos, originarios de la Junta directiva que han adoptado programas de reforma agraria en el Departamento del Cauca.

" 6. Como respuesta a la anterior petición, el señor Gerente General del INCORA envió al suscrito el oficio No. 14821 del 23 de julio de 1.992, en el cual se consigna, en lo pertinente, lo siguiente:

"- EL INSTITUTO COLOMBIANO DE LA REFORMA AGRARIA no estaba legalmente obligado por norma expresa alguna a publicar el "Acta de Acuerdo" celebrado el 23 de diciembre de 1991 con el Consejo Regional Indígena del Cauca.".

"-El Acta de Acuerdo de diciembre 23 de 1.991" es el fruto de una gestión encaminada a proponer la inclusión, dentro del programa anual de actividades del INCORA, que en esa época se hallaba en preparación...".

" - En relación con los municipios de Miranda y Jambaló, Departamento del Cauca, quedaron comprendidos en el "Acta de Acuerdo" de diciembre 23 de 1.991 para desarrollar el programa de adquisición de tierras, aunque no figure expresamente dentro de la relación de zonas de reforma agraria del mencionado Departamento establecidas en los acuerdos de la Junta directiva"; pero se anota que es válida su inclusión en el acta de acuerdo según los artículos 35, inciso 4o., del decreto 2107 de octubre 12 de 1.988, 2o. y 20, parágrafos del decreto 2001 de 1.988.

"7. La no publicación del Acta de Acuerdo, que es un acto de contenido general, tiene como consecuencia, que dicho acto carece de eficacia jurídica y, por lo tanto, no obliga y es inoponible a los administrados.

" 8. La expedición de los actos acusados no obedeció propiamente a la necesidad de dar respuesta efectiva a los problemas de tierras de las comunidades indígenas del Cauca, pues el INCORA ha tenido desde la expedición de la ley 135 de 1.961, esto es, desde hace más de treinta (30) años las herramientas jurídicas para solucionar dichos problemas y no ha querido hacerlo; por consiguiente, dicho acuerdo simplemente es un engaño mas a las comunidades indígenas del Cauca y otra frustración a sus aspiraciones de ver resueltos sus problemas agrarios, pues dicho acuerdo constituye la adopción de un programa de reforma agraria en forma irregular y al margen de la ley. Con los programas de reforma agraria adoptados por la Junta Directiva del INCORA para el Departamento del Cauca, se puede solucionar la problemática agraria que presentan las referidas comunidades indígenas; no se requería, en consecuencia, acudir a un mecanismo extrajurídico, como es la celebración del referido acuerdo.

" 9. El acta que contiene el acuerdo mencionado, al señalar los predios que según el CRIC deben ser adquiridos, prácticamente los coloca fuera del comercio y alienta su invasión, en el caso de que sus propietarios se nieguen a venderlos al INCORA, generándose de esta manera un futuro conflicto social de consecuencias imprevisibles.". (folios 103 a 106 del Cdno No. 1).

-II-

CONSIDERACIONES DE LA SALA

A) Dentro de la actuación están debidamente demostrados los siguientes hechos:

PRIMERO : Que el día 19 de Diciembre de 1.991 la Junta Directiva del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, autorizó al Gerente del citado organismo para:

"El Gerente General solicitó a la Junta autorización para adelantar la negociación del predio La Mancha, situado en el Municipio de Caloto, Departamento del Cauca, propiedad del señor FREDDY SALDARRIAGA, con base en el avalúo del Instituto Geográfico Agustín Codazzi y con destino a la Comunidad Indígena de Huellas. Igualmente, para proseguir las diligencias de adquisición del predio rural denominado El Nilo, situado en el mismo Municipio, con el objeto de atener los requerimientos de tierras de la mencionada comunidad y adelantar, si fuere el caso, el proceso de expropiación correspondiente, en vista de la situación creada en el Norte del Departamento del Cauca y especialmente por los hechos violentos de que fue víctima la Comunidad Indígena. Así mismo para celebrar acuerdos con las Comunidades Indígenas de

esa región y sus voceros encaminados a establecer programas especiales de adquisición y dotación de tierras que satisfagan sus necesidades y coadyuven los procesos de prevención y solución de conflictos de tierras que en aquella se presentan.

"La Junta Directiva autorizó al Gerente General para adelantar estos trámites.". (folio 2 Cdno No. 1).

SEGUNDO: Que el día veintitrés (23) de Diciembre de mil novecientos noventa y uno (1.991), el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria -Incora- y el CONSEJO REGIONAL INDIGENA DEL CAUCA -CRIC- celebraron el acuerdo que se recoge a través de la siguiente literatura:

" En la ciudad de Santafé de Bogotá, a los veintitrés (23) días del mes de diciembre de 1991, se reunieron en la Sala de Juntas del INCORA el Gerente General de la entidad, doctor FERNANDO CORRALES CRUZ, los Subgerentes de Asentamiento y Desarrollo Campesino y Adquisición y Dotación de Tierras, doctores CARLOS ALFONSO NEGRET MOSQUERA y MANUEL RAMOS BERMUDEZ, la doctora PATRICIA CLEVES, Asesora de la Consejería para los Derechos Humanos, el doctor LUIS JOSE AZCARATE, Director General de Asuntos Indígenas del Ministerio de Gobierno y los Gobernadores de los Cabildos indígenas del Norte del Cauca, Directivos y Asesores del CRIC que mas adelante se indican, con el objeto de discutir y lograr un Acuerdo que solucione los problemas y necesidades de tierras de las comunidades indígenas de esa región del departamento del CAUCA.

"BASES DEL ACUERDO

"1. EL INCORA adquiere el compromiso de adquirir durante los años de 1.992, 1993 y 1994 en los municipios de Caloto, Corinto, Miranda, Buenos Aires, Santander de Quilichao y Jambaló la cantidad de 15.663 hectáreas en beneficio de las comunidades indígenas de huellas, La Concepción, Las Delicias, Canoas, Corinto, La Cilia, Munchique Los Tigres, Guadualito y Jambaló, las cuales se distribuirán a razón de 5.221 hectáreas por cada uno de los citados años, discriminados para cada comunidad en la siguiente forma:

"COMUNIDAD	1992(has)	1993 (Has)	1994 (Has)
Huellas	1.726 Aprox.	1.726 Aprox.	1.726 Aprox
La Concepción	480	480	480

Las Delicias	932	932	932
Canoas	385	385	385
Corinto	712	712	712
La Cilia	400	-	-
Muchingue-Los Tigres		286	- -
"Guadualito	283	283	283
"Jambaló	565	565	565

"Gran Total : 15.663 Hectáreas

"2. Para dar cumplimiento al programa de adquisición de tierras previsto en el presente Acuerdo, el INCORA tendrá en cuenta el listado de predios rurales situados en lo municipios mencionados presentado por el CRIC al INCORA en Popayán el día 4 de octubre de 1991 en la reunión sobre saneamiento territorial Páez del Norte del Cauca.

"EL INCORA dará preferencia a las fincas que hayan sido ofrecidas voluntariamente en venta por sus propietarios, con el objeto de agilizar los procedimientos de adquisición correspondientes y enviará comunicaciones a los dueños de predios no ofertados expresándoles la necesidad del Instituto de adquirirlas con fundamento en sus atribuciones legales.

En caso de que no haya una respuesta adecuada y suficiente de los propietarios del INCORA adelantará los pecosos de intervención oficiosa correspondiente.

"3.- En caso de que en la respectiva anualidad no se logre el cumplimiento de las metas físicas acordadas, el INCORA ampliará las que correspondan al año subsiguiente, de manera que no se afecte la atención total de los compromisos previstos para cada año.

" 4. Como se trata de un programa de adquisición de tierras que comprende el concepto de territorialidad indígena, los conceptos técnicos que se emitan sobre las fincas respectivas deben ajustarse a los fines de aquel y las comunidades indígenas son conscientes y responsables de esta propuesta que formulan al Instituto, en el sentido de aceptar los predios sin referencia a sus condiciones agrotécnicas.

"5. - Dentro del espíritu de concentración que contiene este documento y con la finalidad de garantizarlo y colaborar con la paz pública en esa

región del CAUCA, las comunidades indígenas que lo suscriben y el CRIC se comprometen a no promover o avanzar en los procesos de recuperación, invasión u ocupación de hecho de las fincas rurales situadas en los municipios de la zona mencionada.

"6.- EL CRIC y las comunidades indígenas suscribientes reconocen los resultados y los esfuerzos adelantados por el INCORA en el pasado en materia de adquisición y dotación de tierras para las comunidades indígenas del departamento del CAUCA y reconocen la voluntad del Instituto para solucionar los problemas de tierras en un futuro inmediato. (folios 4 a 7 del Cdno No. 1).

B) Dentro del marco anterior la Sala vivencia que los acuerdos cuya nulidad se impetra son simples actos de trámite, que no alcanzan a poner fin a una actuación, pues no hacen imposible su continuación. (Art. 50 C.C.A.). En el caso *sub-exámine* se observa que la autorización dada por la Junta Directiva del Incora al Gerente para "CELEBRAR ACUERDOS CON LAS COMUNIDADES INDIGENAS" no está modificando, de entrada, ninguna situación jurídica abstracta o concreta, por lo que no puede afirmarse que se esté violando la ley o un derecho subjetivo. Con la misma filosofía se impone concluir que el ACUERDO celebrado entre el INCORA y el CONSEJO REGIONAL INDIGENA DEL CAUCA -CRIC- ya transcrito, es sólo un camino sembrado de buenas intenciones, orientado a beneficiar a las comunidades indígenas de Huellas, La Concepción, Las Delicias, etc., que se adelantará sobre la base de dar preferencia "A LAS FINCAS QUE HAYAN SIDO OFRECIDAS VOLUNTARIAMENTE", hipótesis que puede darse, y permitir, sin mayores esfuerzos, la ejecución del plan. Para el evento de que "NO HAYA UNA RESPUESTA ADECUADA Y SUFICIENTE DE LOS PROPIETARIOS", el Incora se compromete simplemente a adelantar LOS PROCESOS DE INTERVENCION OFICIOSA CORRESPONDIENTE", terminología gaseosa que no puede ser interpretada, *ab initio*, como un programa de violación de la ley. Colombia es por definición constitucional un estado social de derecho, fundado en la dignidad de la persona humana, que garantiza la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles. Así las cosas, la Sala reitera la pauta jurisprudencial que fijó en providencia de 11 de Mayo de 1.970, Consejero Ponente, Dr. Gabriel Rojas Arbeláez, Anales del Consejo de Estado, LXXXVII, nums 425 y 426, pag. 208, en la cual se lee:

"Para el suscrito ponente la demanda no es admisible, pero no porque no reúna los requisitos formales exigidos por la ley, sino porque el objeto de la impugnación no constituye propiamente un acto administrativo.

" El acto administrativo es una declaración unilateral de la administración en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales en forma inmediata.

"Sus efectos deben ser directos, que emanen del acto mismo, sin que tengan que estar supeditados a la expedición de un acto posterior, que sería el principal. Tal como dice FORSTHOFF, "el acto debe 'de suyo' producir efectos jurídicos respecto al administrado; por ello los dictámenes, pericias, informes, proyectos, propuestas, etc., etc., no constituyen actos administrativos...

"Tal como lo ha dicho la doctrina con base en el artículo 18 del decreto 2733 de 1959, contra los actos de mero trámite no cabe ni el agotamiento gubernativo ni la subsiguiente acción jurisdiccional. Estos actos se limitan a darle impulso al proceso, el que debe culminar con una decisión final, ésta si susceptible de recursos y de las acciones jurisdiccionales correspondientes.

"Por excepción, esos actos de trámite permiten agotamiento de vía gubernativa cuando deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, de modo que le pongan fin o hagan imposible la cuestión.".

B) Para darle mayor fuerza de convicción al presente proveído, la Sala desea destacar que, aún en el evento de que el INCORA tuviera que adelantar "LOS PROCESOS DE INTERVENCION OFICIOSA CORRESPONDIENTE", porque no hubo oferta voluntaria de predios, tendría que ajustar su conducta, como ya se dijo, a la ley. Sus actos serían posibles de ser enjuiciados ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, pero respecto de la suspensión provisional de los mismos, tendría aplicación lo preceptuado en el artículo 25 del Decreto 2107 de 12 de Octubre de 1.988 que a la letra reza:

" Artículo 25. IMPROCEDENCIA DE RECURSOS Y ACCIONES CONTENCIOSAS. Contra los actos cumplidos en desarrollo de la etapa de negociación administrativa no cabe recurso ni acción alguna por las vías gubernativa o judicial, pero podrá impugnarse la legalidad de la expropiación ante el Tribunal Administrativo correspondiente en uso de la acción especial establecida por el artículo 59 de la Ley 135 de 1.961. *NO PROCEDE EN NINGUN CASO LA SUSPENSION PROVISIONAL DE LA RESOLUCION DE EXPROPIACION*.". (Subrayas de la Sala).

El universo jurídico que tiene la normatividad citada releva a la Sala de comentarios adicionales. Se vivencia sí, que la intención del legislador fue la de impedir dilaciones en el manejo de la política agraria, en la cual tiene especial interés la comunidad.

C) Finalmente, la Corporación desea destacar que en el hipotético caso de que estuviera frente a verdaderos ACTOS ADMINISTRATIVOS, el contenido de éstos sería PARTICULAR, pues se estaría frente a una voluntad

uinilateral de la administración, orientada a influir en la esfera jurídica de cada uno de los dueños de los predios, que eventualmente pudieran ser expropiados, circunstancia frente a la cual los supuestos actos administrativos tampoco podrían ser impugnados a través de la acción de simple nulidad, pues dada la índole de los mismos, podrían predicarse de ellos que, por su SIMPLE ANULACION, se obtiene, IPSO JURE, el restablecimiento del derecho. Así las cosas, la acción sería de nulidad y restablecimiento del derecho. (Art. 85 C.C.A.).

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

RESUELVE:

INADMITASE la demanda por las razones dadas en los considerandos de este proveído.

COPIESE Y NOTIFIQUESE.

Julio César Uribe Acosta.

Ruth Stella Corea Palacio, Secretaria.

RESERVA DE BALDIOS-Constitución/ RESERVA DE BALDIOS-Sustracción/ INCORA/ DESVIACION DE PODER

La constitución de reservas de baldíos sólo se justifica para la conservación de recursos naturales o para los servicios públicos. La primera razón es obvia. Existe un interés general o colectivo en que se conserven tales recursos, por incidencia que tienen en el desenvolvimiento futuro del país, en el mantenimiento de la especie humana, y de los ecosistemas en general. Y en cuanto a los servicios públicos la razón también es prevalente, pero también en el entendido que esas reservas se justifiquen para la adecuada prestación de aquellos servicios públicos que dependen de la conservación y adecuado mantenimiento de las tierras. El Incora al constituir la reserva violó los fines que la legislación agraria le imponía y afectó su decisión de desviación de poder. Y no desaparece esta figura con la finalidad de utilidad pública que parece movió a la administración cuando expidió su acto (el desarrollo del proyecto minero del Cerrejón), porque aún en este evento la figura, aunque pueda aparecer un poco atenuada no desaparece, máxima cuando el mencionado acto está afectado por un motivo de más significación como es la incompetencia.

EXPROPIACION/BALDIOS

Cuando la Sala habla de la posibilidad de la expropiación no se refiere al derecho de propiedad del suelo, porque éste aún no ha salido del dominio del Estado, que continúa siendo baldío, sino que se refiere a aquel derecho que se adquiere día a día mediante la ocupación del predio que se explota (modo adquisitivo) en los términos de la ley agraria (título), aunque todavía no cuente su titular con la

declaración estatal. Recuérdese que esta declaración de adjudicación no es constitutiva, sino meramente declarativa. Estos derechos aunque no constituyen la propiedad del inmueble en si, son derechos de carácter patrimonial económico que merecen protección constitucional y legal.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.

Santafé de Bogotá, D.C., Septiembre veinticinco (25) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente : *Doctor Carlos Betancur Jaramillo.*

Referencia: Expediente N^{O}. 6922. Actor :Emelda Carrillo de Ortiz

Procede la sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de julio 10 de 1.991 dictada por el tribunal administrativo de la Guajira, mediante la cual se denegaron las súplicas de la demanda.

Súplicas que en la demanda de marzo 26 de 1990 se formularon así:

"1.- Que se decrete la nulidad de las Resoluciones 097 de Diciembre 11 de 1989 emanada de la Junta Directiva del INCORA y la 016 de Enero 24 de 1990 emanada del Gobierno Nacional suscrita por el Presidente de la República y su Ministro de Agricultura."

"2.- Que se restablezcan los derechos de Emelda Carrillo de Ortiz, es decir, se mantengan sus derechos en el estado correspondiente a antes de la expedición de los Actos Administrativos demandados y se continúe el trámite de adjudicación conforme a la ley."

"3.- Que la Nación y el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria INCORA se obliguen a pagar a mi representada los diferentes perjuicios causados con la expedición ilegal de los Actos demandados conforme a liquidación que se haga con base al artículo 308 del Código de Procedimiento Civil."

Como hechos se narraron en síntesis:

a) Que por petición de Carbocol S.A. el Incora constituyó una reserva de baldíos a favor de aquella, comprensiva a los predios "Los Cocos", "Zona de Caracolí", "Peor es Nada" y "Los Cerritos", con el fin de destinarlos a actividades y obras complementarias necesarias para el desarrollo de El Cerrejón, Zona Norte.

b) Que el Incora aceptó la solicitud y ordenó inspección ocular a dichos terrenos; diligencia que se cumplió durante los días 16, 17, 18 de mayo de 1989 y en la cual se detallaron minuciosamente los elementos posesorios, los poseedores y las circunstancias de tiempo en relación con los distintos predios.

c) Que el día 11 de diciembre de 1989 el Incora expidió la resolución # 0097, por la cual se crea la reserva a favor de Carbocol, sobre los predios indicados en el literal a) precedente situados en el municipio de Barrancas (Guajira). Resolución que fue aprobada por el Presidente de la República y su Ministro de Agricultura el 24 de enero de 1990, mediante la # 0016.

d) Que en los considerandos de la resolución 097 el Incora destaca:

"a)" En el presente caso, los colonos tienen un derecho para que el INCORA les titule sus posesiones baldías previo cumplimiento de los requisitos legales: sin embargo el artículo 30 de la Constitución Nacional, faculta al Estado para que "cuando por motivos de utilidad pública o interés social resultaren en conflicto los derechos de particulares con la necesidad reconocida por la misma ley el interés privado deberá ceder al interés público o social"."

"b) La industria minera en sus ramas de prospección, exploración, explotación, beneficio, transporte, fundición, aprovechamiento, procesamiento, transformación y comercialización, fue declarada de " utilidad pública e interés social" por el artículo 3o. del Decreto 2477 de 1986, reiterado por el Decreto No. 2655 de diciembre 23 de 1988, por el cual se expide el nuevo Código de Minas."

"c) Así las cosas, los derechos que posiblemente llegaren a tener los colonos establecidos en los terrenos objeto de la reserva, quedan sometidos al interés colectivo con la debida indemnización, hasta tal punto que la garantía consagrada en el artículo 30 de la Constitución Nacional en favor del derecho patrimonial, quedó condicionada en la medida en que éste responda a las necesidades comunes, justamente lo que ha de hacerse en el presente caso."

"d) En consecuencia y dada la magnitud e importancia del proyecto carbonífero, considerado de alto interés nacional por el beneficio social y económico que conlleva su ejecución,....."

c) Que dentro del proceso administrativo se expidió el acto administrativo impugnado, de carácter particular, que no le dio oportunidad a los interesados para interponer recursos, pues que no fue notificado en forma personal.

d) Que los actos impugnados son expropiatorios; fueron dictados sin competencia y con violación del derecho de defensa y causaron perjuicios materiales a los poseedores de los predios.

g) Que el 8 de febrero de 1990 el Incora envió a la demandante el oficio 2843, en el que se le reconocen los derechos a los poseedores y se sugieren fórmulas de arreglo, entre ellas trueque de su predio; con lo que se pone de presente una vez mas la violación de los derechos de la demandante.

Cumplido el trámite de la primera instancia, el *a-quo* denegó las súplicas de la demanda. De ese fallo se destacan: los siguientes apartes:

"Se refiere a la creación de una reserva a favor de CARBONES DE COLOMBIA, sobre los terrenos baldíos, "Los Cocos", "Zona de Caracolí", "Peor es Nada" y "Los Cerritos", ubicados en el Municipio de Barrancas, Departamento de la Guajira. Igualmente se obliga a la Sociedad Carbones de Colombia S.A. a indemnizar a los colonos poseedores de los predios objeto de la presente reserva, reconociéndoles el valor de las mejoras y su derecho a la adjudicación, de acuerdo con el precio que arroje el avalúo comercial que para tales objetos practique el Instituto Geográfico Agustín Codazzi."

"Tiene como fundamento jurídico la Resolución impugnada el Art. 39 de la Ley 135 de 1961 norma ésta, que autoriza al INCORA para constituir sobre las tierras baldías reservas destinadas a la conservación de los Recursos Naturales o a Servicios Públicos."

"Como podemos observar, el Art. 39 se encuentra dentro del capítulo VIII de la Ley 135/60, el cual fue reglamentado parcialmente por el Decreto No. 2275 de 1988, dictándose el procedimiento para la adjudicación de terrenos baldíos.

"En la facultad del INCORA consagrada en el Art. 39 de la Ley 135/61, para constituir reservas sobre las tierras baldías, no se señaló un procedimiento especial para actuar de conformidad, de ahí que, para tales efectos debe seguirse el procedimiento señalado en el Decreto 2275/88, por ser el reglamentario del capítulo referente a baldíos, dentro del cual se encuentra lo relativo a las Reservas."

"El Art. 69 del Decreto Reglamentario, regula lo referente al Tránsito de Legislación, previendo que se aplicará dicho decreto a las situaciones jurídicas que se iniciaron bajo el imperio de la Ley anterior, pero que aún estaban en curso o no se habían definido cuando entró a regir la Ley 30/88, lo mismo que a sus efectos."

"Es así, que la iniciación del procedimiento para efectos de la declaratoria de la reserva, se inició, bajo la vigencia de la ley 30/88 y su Decreto Reglamentario; siendo éste aplicable al caso controvertido."

"..."

"De conformidad con el Art. 3 ordinal a): corresponde al Incora como función: Administrar a nombre del Estado las tierras baldías de propiedad Nacional, adjudicarlas o constituir reservas y adelantar colonizaciones sobre ellas, de acuerdo con las normas vigentes y con las disposiciones de esta ley". En consecuencia es inherente a dicha entidad efectuar las reservas, a que se refiere el acto demandado, de acuerdo con las disposiciones de la ley."

"La materia de que trata las Resoluciones impugnadas se relacionan en la constitución de una reserva a favor de CARBONES DE COLOMBIA S.A., CARBOCOL, sobre unos predios baldíos ubicados en el municipio de Barrancas, Departamento de la Guajira."

"..."

"Ahora bien, en el procedimiento surtido, se encontró el Estado frente a dos peticiones."

"La una dirigida a constituir una reserva, fundamentada por motivos de utilidad pública o interés social."

"La otra, dirigida a consolidar el dominio previa explotación económica de carácter particular."

"Frente a estas dos posiciones, el Estado a través del INCORA, como dueño y administrador podía, por estar facultado para ello, dirigir: a) Por la adjudicación del predio al demandante, o b) Crear la reserva a favor de CARBOCOL, dándole prelación al interés colectivo de beneficio social y económico que conlleva el proyecto carbonífero del Cerrejón,"

"En la Resolución impugnada, no se está reconociendo el derecho de los particulares, a *contrario sensu*, se reconoce que los colonos tienen un derecho para que el INCORA les titule sus posesiones baldías pero frente a éste derecho, se impone la utilidad pública y el interés social, al cual se debe acceder, pero imponiéndole la obligación de indemnizar el valor de las mejoras y el derecho a la adjudicación."

"Por último, no observa el Tribunal incompetencia alguna por parte del INCORA para emitir la Resolución demandada, ya que ella es la entidad autorizada por la Ley para declarar, ya sea adjudicaciones o para crear reservas."

"Imputar como falta de competencia, el tramitar un proceso sobre la base de que son tierras de propiedad privada, no tipifica la incompetencia ya que en tratándose también de la adquisición y expropiación de bienes rurales de propiedad privada la competencia, también le pertenece, lo

que podría ser en un supuesto caso, un argumento de irregularidad en la forma, pero no de incompetencia. En consecuencia el cargo no prospera."

"...".

"En el *sub examine*, puede predicarse que la finalidad del Acto Administrativo, fue diferente al interés público ?."

"Esta Corporación, considera que no. Porque, precisamente el Acto Administrativo por medio del cual se creó la reserva a favor de Carbones de Colombia, sobre los terrenos baldíos identificados, tuvo su motivación y fin exclusivo, en la "utilidad pública y el interés social" de que goza la industria minera en sus ramas de exportación, explotación, transporte, manufactura, beneficio, transformación, distribución y procesamiento...". Es decir, que dentro del plenario se encuentra debidamente reconocido e identificados estos fines. En consecuencia, mal puede, tacharse los Actos impugnados, con la causal de "desviación de las atribuciones propias", motivo de anulación éste que no se configura."

Descontenta la parte actora con la denegación de sus pretensiones, apeló y sustentó su recurso en escrito que obra a folios 300 y ss del cuaderno principal. Insiste en su alegación en reiterar los motivos de impugnación propuestos contra el acto impugnado, en los siguientes términos:

"Son tales las características del acto administrativo impugnado que la doctrina y la jurisprudencia a sus similares les ha dado el nombre de groseros. En nuestra demanda y a todo lo largo del proceso pregonamos e invocamos la gran mayoría de las causales de Nulidad contenidas en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo. En algunos casos desarrollamos principios de estirpe constitucional para obtener mayor claridad en la presentación de los argumentos, en otras no atuvimos el registro elocuente de las transgresiones. En todo caso siempre insistimos en las normas que se infringieron; en la incompetencia del Incora a pesar del método empleado para camuflar la expropiación bajo el nombre de "reservas"; en la irregularidad del trámite; en el desconocimiento del derecho de audiencias y defensas; en la falsa motivación o en la desviación de las atribuciones. Es que resulta imposible encuadrar el acto demandado en una o dos causales de impugnación, porque se violaron todo tipo de normas y principios al extremo que creíamos que era imposible absolver al Incora por una cualquiera de las causales de impugnación."

Carbocol, a su turno, se opuso al recurso y expuso sus argumentos en el escrito de 25 de noviembre de 1991 (a folios 320 y ss).

El Incora también intervino y sentó sus puntos de vista a folios 334 y ss.

Cumplido el trámite de la segunda instancia es oportuno decidir:

El señor agente del Ministerio público, Dr. Fernando Ospina H. estima que la sentencia recurrida merece ser confirmada. Así en su vista de 20 de marzo de 1992, anota:

"Adviértase que la demandante invoca su condición de simple poseedora del predio "Los Cocos", para reclamar un derecho de propiedad del que carece, dentro de la reserva creada por el INCORA A NOMBRE DE CARBOCOL."

"Es decir, que el predio "Los Cocos" como bien baldío, es un bien de naturaleza fiscal que pertenece a la Nación y sobre el cual, el INCORA, en su calidad de administrador, podía constituir una reserva para destinarlo a la prestación del servicio público."

"La competencia para hacerlo se deriva de la Ley 135 de 1961, en cuyo artículo 3º dispuso:

"Son funciones del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria:

"a) Administrar a nombre del Estado las tierras baldías de propiedad nacional, adjudicarlas o constituir reservas y adelantar colonizaciones sobre ellas, de acuerdo con las normas vigentes y con las disposiciones de esta ley".

"Más adelante precisa la ley:

"Artículo 39. El Instituto Colombiano de la Reforma Agraria queda autorizado para constituir sobre las tierras baldías cuya administración se le encomienda, reservas destinadas a la conservación de los recursos naturales o a servicios públicos, conforme a las disposiciones vigentes."

"En desarrollo de esta autorización y en armonía con el principio constitucional de que el interés privado debe ceder al interés público o social, el INCORA creó la reserva el favor de "Carbocol", incluyendo en ella el predio "Los Cocos"."

"En estricto derecho no se puede alegar que hubo expropiación sin indemnización, en la medida en que sobre el bien no se ejercía derecho de propiedad particular y en que el acto administrativo demandado obliga a Carbocol a reconocer a los colonos poseedores el valor de las mejoras y su derecho de adjudicación del predio de la reserva."

"Y en cuanto a la objeción de que la facultad del Incora no puede utilizarse para trabajos de minería, así ésta estuviera declarada de utilidad pública, basta con señalar que el concepto de servicio público lleva implícita la satisfacción de una necesidad de interés social."

"En el caso que se controvierte la industria minera fue declarada como una actividad de interés social, por el estatuto minero, noción que coincide con la del Conpes que consideró como de beneficio económico el contrato de asociación celebrado entre Carbocol e Intercol, para la explotación del yacimiento carbonífero de el Cerrejón.

"No estuvo, pues, desacertada la determinación del INCORA de crear una reserva sobre baldíos nacionales para que Carbocol en asocio con Intercol explotara, y comercializara los yacimientos carboníferos de la zona en beneficio de la comunidad. Tampoco carece de razones jurídicas el fallo del Tribunal al denegar las pretensiones de la demanda."

Para la sala la sentencia no merece ser confirmada, tal como pasa a explicarse:

Según se desprende de la demanda el acto impugnado creador de una reserva en favor de Carbocol S.A.(Resoluciones #s 097 de diciembre 11 de 1989 y 0016 de 24 de enero de 1990) adolece de los siguientes vicios o defectos: a) Fue dictado por el Incora, organismo incompetente para el efecto; b) Es un acto expropietario y no constitutivo de una reserva propiamente dicha; c) El Incora, dados los supuestos que acepta, debió ordenar la adjudicación del baldío a sus poseedores y no entregar su propiedad a Carbocol; y d) El instituto actuó con desviación de poder porque al constituir una reserva minera desconoció los fines de las normas agrarias (art. 3º y 39 de la ley 135 de 1961) que sólo le permitían la constitución de esas reservas para la conservación de los recursos naturales o servicios públicos.

En síntesis, estima la demandante que el acto impugnado viola la constitución y la ley agraria; desconoce los derechos de audiencia y defensa; presenta falsa motivación; incurre en desviación de poder; y en incompetencia.

Para la sala, le asiste la razón a la demandante, y le asiste por dos razones fundamentales que hacen inútil el análisis de las demás causales de impugnación alegadas; razón que permite entender el porqué del silencio de la motivación a ese respecto. Son ellas, la incompetencia y la desviación de poder.

En este orden de ideas, se observa:

La incompetencia

El Incora, por mandato del artículo 39 de la ley 135 de 1961, en armonía con el literal a) de su artículo 3º, está facultado para constituir sobre tierras baldías, de las cuales tiene su administración, "reservas destinadas a la conservación de los recursos naturales o a servicios públicos, conforme a las disposiciones legales vigentes."

El inciso segundo de ese artículo 39 le permite igualmente al Instituto, sustraer de las reservas existentes tierras que convengan a los intereses de la economía nacional.

Como se desprende de la interpretación racional de los dos incisos de la norma antecitada, el primero se refiere *a la constitución o creación de reservas* con los específicos y precisos fines allí señalados: conservación de recursos naturales o a servicios públicos; y el segundo, precisamente a lo contrario, o *sea sustraer de las reservas existentes* tierras que convengan a los intereses de la economía nacional.

Pero en uno y otro caso la medida tomada no podrá separarse, bajo ningún pretexto de los objetivos de la ley agraria expuestos en forma clara en el artículo 1º de la ley 135 de 1961.

Este es un norte que no puede olvidarse y menos por parte del Incora, sin incurrir en desviación de poder.

Como se dejó explicado, la constitución de reservas de baldíos solo se justifica para la conservación de recursos naturales o para los servicios públicos.

La primera razón es obvia. Existe un interés general o colectivo en que se conserven tales recursos, por la incidencia que tienen en el desenvolvimiento futuro del país, en el mantenimiento de la especie humana, y de los ecosistemas en general. Y en cuanto a los servicios públicos la razón también es prevalente, pero también en el entendido *que esas reservas se justifiquen para la adecuada prestación de aquellos servicios públicos que dependen de la conservación y adecuado mantenimiento de las tierras.*

Ese primer inciso debe interpretarse con fines restrictivos para que no colida con otro de los fines primordiales o capitales agrarios, o sea con "la necesidad de extender a sectores cada vez mas numerosos de la población rural colombiana, el ejercicio del derecho natural a la propiedad, armonizándolo en su conservación y uso con el interés social."

Y el segundo inciso del artículo 39 (el que el Incora pretende involucrar con el primero) no se refiere a la constitución de reservas, sino a todo lo contrario, a sustraer de éstas tierras que se requieran o sean convenientes para la economía nacional.

Esta destinación es importante porque el debate ahora no puede centrarse en la importancia que para el país tiene la explotación de la zona carbonífera del Cerrejón. Punto que a todas luces es también indiscutible.

En el enunciado del auto cuya nulidad se pide dice el Incora actuar "en uso de las facultades conferidas por los artículos 3º literal a), 39 de la ley 135 de 1961 y 32 de los estatutos del Incora."

Pues bien, esa autorización no está en las normas citadas ni en ninguna otra disposición agraria. Y la competencia, que es de derecho estricto en el derecho colombiano (las autoridades no pueden hacer sino aquello para lo que estén expresamente facultadas), no puede surgir de meras razones de conveniencia, por serias que ellas sean, como serían las expuestas por Carbocol para solicitar la constitución de la reserva aquí cuestionada:

> "1. CARBONES DE COLOMBIA S.A. -CARBOCOL S.A., Empresa Industrial y Comercial del Estado, suscribió con la Sociedad Internacional Colombia Resources Corporation INTERCOR, un contrato de asociación el día 17 de diciembre de 1976, para la exploración, explotación, transporte y embarque del carbón que pueda encontrarse en la cuenca carbonífera conocida como EL CERREJON-Area B, ubicada en los municipios de BARRANCAS y MAICAO, departamento de LA GUAJIRA.."
>
> "2. En la cláusula 10a. del contrato se designó a INTERCOR como OPERADOR del Contrato de Asociación, por lo tanto, es esa entidad la que adelanta las actividades necesarias para el desarrollo y cumplimiento del objeto del citado contrato."
>
> "3. Que el artículo 30 de la Constitución Nacional, al establecer la garantía de la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con justo título, igualmente declara que "cuando por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de particulares con la necesidad reconocida por la ley, el interés privado deberá ceder al interés público o social" y como quiera que el artículo 3o. del Decreto 2477 de 1986, reza que "las disposiciones del presente estatuto se interpretarán y aplicarán teniendo en cuenta que la industria minera es de utilidad pública y de interés social, en sus ramas de exploración, explotación, transporte, manufactura, beneficio, transformación, distribución y procesamiento....", debe darse la declaratoria de reserva solicitada por ser la actividad desarrollada en el Complejo Carbonífero de El Cerrejón Zona Norte de utilidad pública e interés social."

Si se lee con cuidado la transcripción precedente, se concluye que Carbocol estaba tan consciente de que la vía escogida no era la adecuada o

legal, que para fundamentar su petición de reserva, calló u omitió alegar los supuestos que la ley agraria exigía para el efecto; y, en forma bastante hábil y aparente, con el pretexto, también indiscutible, de que la industria minera era de utilidad pública y de interés social, desvió el asunto hacia la prevalencia del interés general sobre el particular (también indiscutible) contemplado en el artículo 30 de la Constitución vigente a la sazón. Con lo que, inconscientemente quizás, dio a entender que la única vía posible, en caso de no lograr acuerdo con los titulares de los derechos en juego, sería la de expropiación.

Aquí la sala, para evitar equívocos, anota que cuando habla de la posibilidad de la expropiación no se refiere al derecho de propiedad del suelo, porque el expediente muestra en forma clara o suficiente que el predio "Los Cocos" que posee la señora Emelda Carrillo de Ortiz aún no ha salido del dominio del Estado, que continúa siendo baldío, sino que se refiere a aquel derecho que se adquiere día a día mediante la ocupación del predio que se explota (modo adquisitivo) en los términos de la ley agraria (título), aunque todavía no cuente su titular con la declaración estatal. Recuérdese que esta declaración de adjudicación no es constitutiva, sino meramente declarativa, como lo ha dicho la jurisprudencia de la Corporación.

Y estos derechos que aunque no constituyen la propiedad del inmueble en sí, son derechos de carácter patrimonial económico que merecen la protección constitucional y legal.

Es, por lo expuesto, clara la incompetencia del Incora y el acto nació viciado de nulidad por incompetencia *ratione mattariae.*

La desviación de poder

En íntima relación con la incompetencia que se deja analizada y que, por si sola, sería suficiente para anular el acto acusado, el proceso muestra que el Incora al constituir la reserva violó los fines que la legislación agraria le imponía (art. 1º de la ley 135 de 1961) y afectó su decisión de desviación de poder. En otras palabras, el Instituto con su acto buscó un fin diferente o extraño de aquel que el derecho le había asignado.

Y no desaparece la figura de la desviación con la finalidad de utilidad pública que parece movió a la administración cuando expidió su acto (el desarrollo del proyecto minero del Cerrejón), porque aún en este evento la figura, aunque pueda aparecer un poco atenuada no desaparece, máxime cuando el mencionado acto está afectado por un motivo de mas significación como es la incompetencia.

Pese a que la figura de la desviación no tiene mucha operancia en la práctica, dadas las dificultades que existen para poner en descubierto el móvil

desviado que impulsó a la administración, en el caso concreto se puso en evidencia en forma elocuente, que para facilitar las labores de Carbocol y el desarrollo del Cerrejón se sacrificó el derecho de unos poseedores agrarios que, según da a entender el mismo Incora, ya reunían los requisitos para ser adjudicatarios de los baldíos que explotaban.

No se obvia tampoco esa desviación con la orden dada a Carbocol para que pague las mejoras existentes en los predios y el derecho a la adjudicación como baldío. Porque, como se dijo, éste no es el procedimiento señalado en la ley y que tiene raigambre constitucional. Así esa disposición es nula también por violación del artículo 30 de la constitución vigente a la sazón.

Por lo expuesto, el acto impugnado deberá anularse. Pero no en su totalidad sino en relación con la señora Emelda Carrillo de Ortiz, única demandante en este proceso.

Esa nulidad restablecerá su derecho, por cuanto la volverá al *status* anterior y le permitirá ejercer los poderes y facultades que la ley agraria le otorga.

No se condenará al pago de perjuicios que se afirma le causó el acto impugnado. Esta negativa obedece a dos razones fundamentales:

a) porque la actora no precisó en la demanda en qué consistieron éstos;

b) porque no se practicó una sola prueba para demostrarlos.

Los vicios estudiados y que hacen anulable el acto impugnado, relevan a la sala, como se expresó atrás, de hacer otras reflexiones y de analizar la argumentación expuesta por las partes y por el *a-quo* en torno a la utilidad pública que tiene la industria minera; a la colaboración que el Incora le hace al desarrollo del complejo carbonífero del Cerrejón; a la falta de notificación del acto administrativo etc.etc.

Por lo expuesto y en desacuerdo tanto con el Ministerio público como con el Incora y Carbocol S.A. el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

Revócase la sentencia de julio 10 de 1991, dictada por el tribunal administrativo de la Guajira.

En su lugar:

1.- Declárase la nulidad parcial de las resoluciones #s 097 de diciembre 11 de 1989 y 0016 de 24 de enero de 1990, expedidas en su orden por el Incora y por el gobierno nacional, en cuanto se refiere al predio "Los Cocos" ocupado y poseído por la señora Emelda Carrillo de Ortiz. Como consecuencia continúense el trámite de adjudicación conforme a la ley.

2.- Envíese copia auténtica de este fallo para que se cancele la inscripción que de dichas resoluciones se hizo en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos del Círculo de Barrancas (Guajira) en lo que corresponde al predio "Los Cocos" de la mencionada señora Emelda Carrillo de Ortiz.

3.- Deniéganse las demás súplicas.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE.

Se deja constancia que esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en su sesión de fecha 24 de septiembre de 1992.

Daniel Suárez Hernández, Presidente Sala;, *Carlos Betancur Jaramillo, Juan de Dios Montes Hernández, Julio César Uribe Acosta.*

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

FALLA DEL SERVICIO PRESUNTA -Vehículo Oficial/**CULPA DE LA VICTIMA**-Inexistencia/**DAÑO ANTIJURIDICO**

Si bien se alegó la culpa de la víctima porque ésta venía en una posición peligrosa y sobre una de las vigas, precisamente la que se enredó con la mata de bambú, esta razón carece de toda revelancia, por estar en abierta contradicción con el mandato contenido en el artículo 146 del Decreto 1809 de 1990 según el cual "los vehículos de carga no podrán transportar pasajeros sobre la plataforma, excepto cuando se transporten mercancías u objetos fáciles de sustraer..." No puede aceptarse que por el hecho de que el occiso trabajaba al servicio del municipio demandado, su muerte no haya producido a sus damnificados un daño antijurídico. No; es evidente que ese daño si se produjo. Claro está debía soportar los riesgos normales u ordinarios de su oficio, pero no los excepcionales como el que se puso aquí de presente.

INDEMNIZACION A FORFAIT/INDEMNIZACION DE PERJUICIOS

La circunstancia de estar vinculada la víctima al municipio demandado, en su carácter de trabajador oficial, cambia el enfoque del asunto ni impone la compensación de lo que los damnificados hayan obtenido o deberán obtener por concepto de prestaciones sociales debidas. No se acepta esta compensación porque esos derechos sociales surgen o tienen su causa en una relación de contrato ficto de trabajo; en cambio, la indemnización aquí pretendida tiene un motivo bien diferente que no puede confundirse con aquella, o sea la falla del servicio de la administración.

HECHO NOTORIO/INDICE DE PRECIOS AL CONSUMIDOR/ TABLAS DE MORTALIDAD/PERJUICIOS MATERIALES-Base

Comparte la Sala las bases aceptadas por el tribunal para la liquidación de los perjuicios materiales, aunque no comparte el hecho de no haber liquidado la condena de una vez por todas. Esto pudo hacerse con toda facilidad porque los índices de precios para la actualización y las mismas tablas de mortalidad o vida probable pueden aceptarse como hechos notorios del proceso.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.

Santafé de Bogotá, D.C., Septiembre veinticinco (25) de mil novecientos noventa y dos (1.992).

Consejero Ponente : *Doctor Carlos Betancur Jaramillo.*

Referencia: Expediente N°. 6945. Indemnizaciones. Actor :Elizabeth Gómez Vda. de Puerta y otros.

Procede la sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por las partes contra la sentencia de 31 de julio de 1991, mediante la cual el tribunal administrativo de Risaralda, dispuso:

"Primero: Declarar al municipio de Pereira administrativamente responsable de las lesiones físicas y posterior muerte del señor Octavio de Jesús Puerta Henao, hechos ocurridos respectivamente, el 17 y 20 de agosto de 1.988.

"Segundo: Como consecuencia de la anterior declaración, se condena al municipio de Pereira en abstracto a pagar por concepto de perjuicios materiales a Elizabeth Gómez de Puerta, identificada con la cédula de ciudadanía número 24.510.087 de Balboa (R), y a sus hijos menores Francia Lucía y John Jairo Puerta Gómez, representados por aquella su señora madre, las sumas que resulten de la liquidación llamada a hacer conforme al trámite incidental del artículo 137 del C. de P. Civil y siguiendo para ello las pautas que se señalaron en la parte motiva.

"Tercero: Como consecuencia de la decisión contenida en el ordinal primero se condena en concreto al municipio de Pereira, a pagar por concepto de perjuicios morales a: Elizabeth Gómez Vda. de Puerta, C. C. 24.510.087 de Balboa (R); Francia Lucía y John Jairo Puerta Gómez, menores de edad representados por aquella su progenitora; Humberto de Jesús Puerta Gómez, C. C. No. 10.109.189 de Pereira; Omaira de Jesús Puerta Gómez; C. C. 42.094.801 de Pereira; Aleyda de Jesús

Puerta Gómez, C. C. 42.086.872 de Pereira; y a Manuel Salvador Puerta, C. C. 4.382.255 de Balboa (R), el equivalente a un mil (1.000) gramos de oro para cada uno, teniendo en cuenta el valor de dicho metal precioso certificado por el Banco de la República a la fecha de ejecutoria de esta sentencia.

"Cuarto: Las sumas determinadas, a que hacen referencia los numerales segundo y tercero, devengarán intereses comerciales durante seis (6) meses contados a partir de la ejecutoria de esta sentencia, y de ahí en adelante devengarán intereses moratorios.

"Quinto: No se hace ninguna de las declaraciones y condenas pedidas respecto del Departamento de Risaralda, las Empresas Públicas Municipales de Pereira y la Corporación de Parques y Arborización.

"Sexto: Se deniegan las demás súplicas de la demanda.

"Séptimo: A la presente sentencia se le dará cumplimiento dentro del término señalado en el artículo 176 del C.C. Administrativo, para lo cual se enviará copia al respectivo Agente del Ministerio Público."

En la demanda, presentada el día 2 de abril de 1990, se narraron, en síntesis, los siguientes hechos:

1) Que el señor Octavio de Jesús Puerta Henao, trabajador de las Empresas Públicas de Pereira, cayó de una volqueta de propiedad de dicho ente, conducida por el señor José Oscar Henao T, el día 17 de agosto de 1988, cuando en el vehículo se transportaban, en misión de servicio, entre otros elementos unas "cerchas" o vigas, se enredó con unas matas de bambú sembradas en el parque aledaño a la Universidad Libre de Pereira (Sector de la carrera 8a. con las calles 40 y 41).

2) Que luego del accidente fue conducido a la Policlínica, donde falleció el 20 del mismo mes de agosto, como consecuencias de las heridas sufridas.

3) Que el vehículo automotor cumplía labores propias del servicio; y que al momento del accidente, fuera de los elementos materiales que se transportaban para la construcción de un tablado para la celebración de las fiestas aniversarias de la ciudad, iban en el volco 5 personas, trabajadoras del municipio, entre ellos el señor Puerta Henao.

El tribunal en el auto admisorio vinculó al proceso al Departamento de Risaralda, al municipio de Pereira, a las Empresas Públicas de Pereira y a la Corporación de Parques y Arborización (auto de abril 10 de 1990).

Luego, mediante auto de junio 5 de 1990 (a folios 156) se aceptó el llamamiento en garantía que las Empresas Públicas hizo a la Sociedad "La Nacional, Compañía General de seguros Colombia S.A."

Cumplido el trámite de rigor, el *a-quo* decidió en la forma indicada atrás.

Descontentas las partes, apelaron.

Así: el municipio de Pereira, mediante escrito de sustentación que obra a folios 567 y ss; la parte demandante, en escrito carente de sustentación, a folios 575. Guardaron silencio las demás partes.

Por auto de diciembre 10 de 1991 se declaró desierto el recurso interpuesto por la parte actora.

En estas condiciones la segunda instancia se entiende también en consulta en relación con el ente que resultó obligado.

Cumplido el trámite de la segunda instancia es oportuno decidir. Para ello se considera:

Presentaron alegaciones en esta nueva oportunidad, la persona llamada en garantía (a folios 585, ss); el Departamento de Risaralda (a folios 623 y ss); el apoderado de la parte actora (folios 628 y ss). El Ministerio Público guardó silencio.

Para la sala la sentencia deberá confirmarse, por cuanto se ajusta a la realidad que muestran los hechos.

Resultaron bien probados dentro del proceso, entre otros, estos tres hechos fundamentales:

a) Que el señor Octavio de Jesús Puerto Henao al momento de su muerte (20 de agosto de 1988) era trabajador del municipio de Pereira y cumplía labores en ejercicio de su cargo.

b) Que cuando recibió las lesiones que le causaron la muerte (el accidente de tránsito) venía en una volqueta de propiedad de las Empresas Públicas Municipales de Pereira, conducida por el señor José Oscar Henao T, quien laboraba al servicio de esta entidad.

c) Que las lesiones las sufrió Puerta Henao cuando cayó del volco del citado vehículo y al orillarse esté contra una mata de bambú que se enredó con las "cerchas" o vigas que allí se transportaban.

Estos hechos le permitieron al tribunal aceptar la falla del servicio y declarar la responsabilidad del ente demandado, ya que no se probó causal exculpativa alguna. Así, no se puso en evidencia ni la fuerza mayor, ni la culpa exclusiva de la víctima, ni el hecho, exclusivo y determinante, de un tercero.

Si bien es cierto el municipio demandado alegó la culpa de la víctima porque ésta venía en una posición peligrosa y sobre una de las vigas, precisamente la que se enredó con la mata de bambú, esta razón carece de toda relevancia, por estar en abierta contradicción con el mandato contenido en el artículo 146 del decreto 1809 de 1990 (modificatorio del artículo 170 del Decreto 1344 de 1970) que a la letra dice:

"Los vehículos de carga no podrán transportar pasajeros sobre la plataforma, excepto cuando se transporten mercancías u objetos fáciles de sustraer, caso en el cual podrán llevar dos (2) vigilantes sobre la carga con las debidas seguridades."

Además, a este respecto la sala hace suya la perspectiva que manejó el *a-quo* y que es del siguiente tenor:

> "En segundo lugar se responde que el proceder de la víctima, consistente en haber viajado sentado sobre la cercha que se cayó, mientras se desplazaba el vehículo, tal como lo aseveraron los testigos, folios 236, 362, 369 y 385, no es conducta exculpativa, como lo pretende la apoderada, porque ese actuar queda subsumido dentro del asumido, bien grave, por su patrón, entidad llamada a ser paradigma, como quiera que es el propio Estado, consistente en haber permitido que su trabajador, con otros compañeros, viajara sobre el volco de un vehículo de carga, contra expresa prohibición legal. El derecho está llamado a lograr la convivencia pacífica y armónica de los sujetos cuya conducta sus preceptos regula. Para ello, sus mandatos son imperativos, de obligatorio cumplimiento, y su inobservancia deriva en consecuencias, como la que aquí aflora. El municipio de Pereira dejó de lado un obrar que tenía que conjugar: impedir que en sus vehículos de carga o en los por él coordinados o a su mando, de la misma naturaleza, viajaran, incluso, sus propios operarios, precisamente para evitar que éstos, no aparecieran siendo sujetos de lamentables sucesos como el que originó el llamado, en este caso, el organismo jurisdiccional a través de la demanda fuente de este proceso."

Recuérdese que en el volco venían, con la víctima, cinco trabajadores, lo que hace mas notoria la falla del servicio aquí estudiada.

De todo lo anterior se infiere que si hubo culpa no fue de la víctima, sino del conductor oficial, el que en ese momento actuaba a nombre del

municipio de Pereira, para su beneficio. Para corroborar esto basta observar que en el volco viajaban, con la víctima, cinco trabajadores. Culpa del conductor que en este caso se confunde con el ente para quien actuaba en esa oportunidad.

Como acertadamente lo sostiene el tribunal no se probó la fuerza mayor ni el hecho de tercero.

Tampoco puede aceptarse que por el hecho de que el señor Puerta Henao trabajaba al servicio del municipio demandado, su muerte no haya producido a sus damnificados un daño antijurídico. No; es evidente que ese daño sí se produjo. Puerta Henao claro está debía soportar los riesgos normales u ordinarios de su oficio, pero no los excepcionales como el que se puso aquí de presente y que no tenía porque correr sin violar el artículo 13 de la carta que regula el principio de la igualdad de las personas ante la ley, una de cuyas manifestaciones precisamente es el de la igualdad ante las cargas públicas.

En este sentido, la sentencia del tribunal no hace otra cosa que acatar, implícitamente, en su integridad el artículo 90 de la Constitución, puesto que la aludida norma ni siquiera requiere para que resulte comprometida la responsabilidad del Estado, que la conducta del ente público sea irregular o culposa. Según esa norma, la responsabilidad descansa sobre el daño producido, cuando el sujeto que lo padece no tenía por qué soportarlo, como sucedió aquí.

Se desprende de lo dicho que el asunto está gobernado por la noción de la falla presunta. Por eso mismo a la actora no le incumbía demostrar sino el hecho trágico y el perjuicio sufrido por ella. Así, no le tocaba demostrar siquiera que la conducta del municipio había sido irregular o culposa; ni siquiera que el vehículo estaba mal sostenido mecánicamente. Según precisión reciente, más que falla presunta se dio una presunción de responsabilidad.

Así a la actora le bastaba probar que Puerta Henao perdió la vida como consecuencia de las heridas que sufrió cuando se transportaba en el vehículo oficial que, en ese momento, estaba a su servicio o bajo su responsabilidad.

Ni siquiera la circunstancia de estar vinculada la víctima al municipio demandado, en su carácter de trabajador oficial, cambia el enfoque del asunto ni impone la compensación de lo que los damnificados hayan obtenido o deberán obtener por concepto de prestaciones sociales debidas a Puerto Henao.

No se acepta esta compensación porque esos derechos sociales surgen o tienen su causa en una relación de contrato ficto de trabajo; en cambio, la indemnización aquí pretendida tiene un motivo bien diferente que no puede confundirse con aquella, o sea la falla del servicio de la administración. Falla

que, aunque puede calificarse de presunta, no pierde su naturaleza de falla del servicio para efectos de responsabilidad.

Ninguna incidencia tiene en este campo la absolución que la justicia penal le hizo al conductor José Oscar Henao T, porque ésta no pudo juzgar sino la conducta procesal del mencionado conductor, desde la perspectiva que le daba la normatividad penal.

Para la sala, estuvo acertado el tribunal cuando no condenó a los otros entes demandados o sea, a las Empresa Públicas de Pereira, al Departamento de Risaralda y a la Corporación de Parques y Arborización. Los argumentos expuestos por el tribunal *a-quo* son satisfactorios y relevan a la sala de otras consideraciones.

Como corolario así mismo comparte esta sala la absolución resultante para la persona llamada en garantía, ya que el ente garantizado fue igualmente absuelto.

Los perjuicios

Comparte la sala las bases aceptadas por el tribunal para la liquidación de los perjuicios materiales, aunque no comparte el hecho de no haber liquidado la condena de una vez por todas. Esto pudo hacerse con toda facilidad porque los índices de precios para la actualización y las mismas tablas de mortalidad o vida probable pueden aceptarse como hechos notorios dentro del proceso.

Así, con las bases dadas, la liquidación a favor de la cónyuge, señora Elizabeth Gómez de Puerta, y de los hijos menores Francia Lucía y John Jairo Puerta Gómez, será el siguiente:

Ingreso: $44.491.33 - 25% = 33.368.50

Indices: Agosto/88 = 94.oo Julio/92 = 254.33

$$Ra = 33.368.50 \times \frac{254.33}{94.00} = 33.368.50 \times 2.705638297$$

Ra = $ 90.283 = i = 0.004867

n = Agosto 20/88 a Agosto 20/92 = 4 años = 48 meses

1.- Indemnización Debida:

a) Para Elizabeth Gómez (Esposa):

Ra = 50% de $ 90.283 = $ 45.141.50

n = 48 meses i = 0.004867

$$S = \frac{45.141.50\ (1.004867)^{48} - 1}{0.004867}$$

$$S = 45,141,50 \times \frac{0.2624438}{0.004867}$$

$$S = 45.141.50 \times 53.92311485 = \$\ 2.434.170$$

b) Para Francia Lucía Puerta Gómez (Hija).

Nació: Octubre 24/73 (Fl. 14); Mayoridad octubre 24/91

Ra = 50% de $ 45.141.50 = $ 22.570.75

n = Agosto 20/88 a Octubre 24/91 = 3 años 2 meses = 38 meses

i = 0.004867

$$S = \frac{22.570.75\ (1.004867)^{38} - 1}{0.004867} = 22.570.75 \times \frac{0.2026138}{0.004867}$$

$$S = 22.570.75 \times 41.63012122 = \$\ 939.623$$

c) Para John Jairo Puerta Gómez (Hijo).

La indemnización es igual a la mitad de la de su madre, es decir $ 1.217.085

S = $ 1.217.85

2- Indemnización Futura:

a) Para Elizabeth Gómez (Esposa) :

Vida probable (fl. 289) - 15 años o 180 meses

n = 180 - 48 = 132 meses

Ra = $ 45.141.50 i = 0.004867

$$S = \frac{45.141.50\ (1.004867)^{132} - 1}{0.004867\ (1.004867)^{132}}$$

$$S = 45.141.50 \times \frac{0.9004067}{}$$

0.0092492794

S = 45.141.50 x 97.3488 = $ 4.394.473

S = $ 4394.473

b) Para Francia Lucía Puerta Gómez (Hija):

Nació: Octubre 24/73 (Fl. 14) Mayoridad : Octubre 24/91

No tiene derecho a indemnización Futura, pues la debida se liquidó hasta Octubre 24/91.

c) Para John Jairo Puerta Gómez (hijo):

Nació : Marzo 1/75 (fl. 15); Mayoridad : Marzo 1/93

n = Agosto/92 a Marzo/93 - 6 meses

Ra = $ 22.570.75 ; i = 0.004867

$$S = \frac{22.570.75\ (1.004867)^6\ 1}{0.004867\ (1.004867)^6} = 22.570.75 \times \frac{0.0295596}{0.0050108665}$$

S = 22.570.75 x 5.899100075 = $ 133.147

S = $ 133.147

RESUMEN

1.- Para Elizabeth Gómez (esposa):

a) Indemnización Debida	$ 2.434.170	
b) Indemnización Futura	$ 4.394.473	$ 6.828.643

2.- Para Francia Lucía Puerta Gómez (hija):

Indemnización Debida		939.623

3.- Para John Jairo Puerta Gómez (hijo):

a) Indemnización Debida	$ 1.217.085	
Indemnización Futura	$ 133.147	$ 1.350.232

GRAN TOTAL $ 9.118.498

==========

Sobre perjuicios morales tampoco existe reparo alguno para hacerle el fallo recurrido. Ellos se ajustan a la reiterada jurisprudencia de la sala y no se ve motivo alguno para variar la tesis.

En relación con la negativa de la indemnización pedida a favor de la sucesión del señor Octavio de Jesús Puerta Henao, nada cabe decidir en esta oportunidad porque frente a la actora se declaró desierto su recurso de apelación y su resolución en segunda instancia haría mas gravosa la condena.

No obstante esto, la sala a título de pedagogía judicial recuerda que sobre el punto ha tenido oportunidad de referirse en múltiples casos. A este respecto puede verse el fallo de junio 18 de 1991 (proceso 6283, Aura Ligia Posada, ponente Carlos Betancur Jaramillo).

Por lo expuesto, el Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

Confírmase la sentencia de 31 de julio de 1991, dictada por el tribunal administrativo de Risaralda, en sus ordinales primero, tercero, cuarto, quinto, sexto y séptimo.

Revócase el ordinal segundo, el que quedará así:

Como consecuencia de la anterior declaración, condénase al Municipio de Pereira a pagar, por concepto de perjuicios materiales en concreto, las siguientes cantidades, así: a la señora Elizabeth Gómez de Puerta SEIS MILLONES OCHOCIENTOS VEINTIOCHO MIL SEISCIENTOS CUARENTA Y TRES PESOS ($ 6.828.643); a Francia Lucía Puerta Gómez NOVECIENTOS TREINTA Y NUEVE MIL SEISCIENTOS VEINTITRES PESOS ($939.623); y a John Jairo Puerta Gómez UN MILLON TRESCIENTOS CINCUENTA MIL DOSCIENTOS TREINTA Y DOS PESOS ($ 1.350.232).

Expídanse las copias para su cumplimiento.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE.

Se deja constancia que esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en la sesión de fecha 24 de septiembre de 1.992.

Daniel Suárez Hernández, Presidente Sala; *Carlos Betancur Jaramillo, Juan de Dios Montes Hernández, Julio César Uribe Acosta.*

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

NOTA DE RELATORIA - En sentido semejante puede consultarse el fallo de septiembre 17 de 1992, Exp. 7060, Actora: MARIA OTILIA CAICEDO PARRA Y OTROS, Ponente: Dr. CARLOS BETANCUR JARAMILLO.

CULPA DE LA VICTIMA-Inexistencia

Aunque el *a-quo* aceptó cierto grado de culpa en la conducta de la víctima y por eso redujo el monto de la indemnización en un 25, con apoyo en el artículo 2357 del C.C., este hecho revela por sí solo que para el mismo tribunal esa culpa no tenía la nota de exclusividad que la doctrina y la jurisprudencia exigen para declarar la exoneración total. La Sala discrepa de la apreciación del tribunal y máxime cuando esa culpa no resultó plenamente probada, ya que los supuestos para el reconocimiento de la misma no fueron acreditados. Aquí, más que un hecho probado se saca una conclusión sin bases reales.

FALLA DEL SERVICIO PRESUNTA-Vehículo Oficial

El análisis de la falla se ajusta tanto a la realidad procesal como a la orientación jurisprudencial elaborada en torno a la falla del servicio presunta derivada del manejo de vehículos automotores oficiales.

PERJUICIOS MORALES A HERMANOS-Presunción

El afecto entre padres e hijos, cónyuges entre si y hermanos, se presume; presunción que se apoya en las tesis de lo normal, como no objeto de carga probatoria. En tal sentido, si ese afecto no existe porque se dan circunstancias que así lo ameriten, le incumbirá a la parte demandada demostrarlos. De lo contrario, se impondrá la condena, dentro de un prudente arbitrio. Claro está que si se demuestran dentro del proceso condiciones de afecto, consideración y mutua ayuda el reconocimiento será más fácil y mayor.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera

Santafé de Bogotá, D.C., Septiembre veinticinco (25) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente : *Doctor Carlos Betancur Jaramillo*

Referencia: Expediente N°.7188. Actor : Miguel Angel Uribe Londoño y Otros.

Procede la sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por las partes contra la sentencia de marzo 8 de 1991, mediante la cual el tribunal administrativo de Antioquia dispuso:

"1o. DECLARASE al MUNICIPIO DE MEDELLIN administrativamente responsable de las lesiones y posterior muerte de la señorita BEATRIZ ELENA URIBE PABON, según hechos ocurridos el día 28 de mayo de 1.986 en la carrera 32 No. 34-63 del Barrio Loreto de esta ciudad.

"2o. Como consecuencia de lo anterior se condena al MUNICIPIO DE MEDELLIN, a reconocer y pagar a los padres de la víctima señores MIGUEL ANGEL URIBE Y LUCIA PABON por concepto de perjuicios morales, el equivalente en moneda legal a la fecha de ejecutoria de esta sentencia de setecientos cincuenta (750) gramos de oro para cada uno, según certificación expedida por el Banco de la República, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

"3o. El Municipio de Medellín, dará cumplimiento a este fallo en los términos del art. 176 del C.C.A.

"4o. NO SE ACCEDE A LAS DEMAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA".

En la demanda, presentada el 6 de agosto de 1987, se narraron, según la síntesis del tribunal, los siguientes hechos acaecidos en la ciudad de Medellín:

" Que aproximadamente a las ocho de la mañana, la señorita Beatriz Elena Uribe Pabón salió de su casa ubicada en el costado derecho de la vía, en dirección Sur - Norte, con el objeto de tomar bus de servicio público para dirigirse a su lugar de trabajo, en la firma DAVIVIR, de propiedad de Nicolás de J. Hoyos Zapata, donde laboraba como Delineante de Arquitectura y devengaba un sueldo mensual de $ 55.000.oo.

" Que en esos momentos la Motoniveladora conducida por Gómez Ramírez y que al parecer realizaba trabajos sobre el costado izquierdo en la dirección anotada, retrocedió y dio un giro hacia la izquierda con tan mala suerte que con la rueda delantera atropelló a la joven Uribe Pabón, causándole lesiones orgánicas que posteriormente por ser en su conjunto mortales, le ocasionaron su deceso.

" Que el operario de la máquina motoniveladora no se percató de la presencia de Beatriz Elena Uribe Pabón, dada la posición que tenía que observar al dar reversa a la máquina girando hacia la izquierda y además porque inexplicablemente la persona que el municipio tenía asignada como ayudante, con la misión, entre otras, de despejar la vía de cualquier obstáculo o peligro, no estaba presente en estos momentos en el lugar de trabajo."

El *a-quo*, luego de cumplir la etapa correspondiente a la primera instancia, decidió en la forma transcrita al inicio de esta motivación. De ese fallo se destacan los siguientes apartes:

"Aunque el estudio integral del expediente denota vacíos probatorios deplorables por su incidencia en varios aspectos, e incluso en relación con las reales circunstancias que matizaron el accidente, de todos modos en cuanto a este hecho en particular de los testimonios de Pineda Jurado (fls. 156), Cortés Marín (fls. 158) y Castaño Alzate (fls. 162), se puede obtener una visión histórica en términos generales objetiva, en la cual se pueden distinguir los siguientes hitos:

" Que en la dirección señalada en el ord. 2o. de la demanda, en el barrio Loreto de esta ciudad (Carrera 32), el día 28 de mayo de 1.986, una motoniveladora de la Secretaría de Obras Públicas del Municipio de Medellín, adelantaba trabajos de reparación y era operada por el señor LUIS MANUEL GOMEZ RAMIREZ; al parecer esos trabajos estaban siendo ejecutados desde días atrás."

"..."

" Sin embargo, aunque las circunstancias relatadas en el numeral anterior permiten afirmar la responsabilidad de la administración en el hecho luctuoso, advertir la falla en el servicio tanto con apoyo en la tesis de la Falta Presunta originada en el manejo de una maquinaria automotriz peligrosa con la que se lesionó mortalmente a la víctima, así como en la injustificada ausencia del ayudante encargado de librar de obstáculos o peligros el sitio de trabajo, de todos modos y a pesar de la ausencia de acera para los peatones en el sitio, según el relato del chofer del bus de servicio que transitaba por el lugar en ese momento, en el resultado dañoso concurre en menor grado una conducta culposa o negligente de

parte de la víctima, quien a pesar del ruido estridente que produce en su operación este tipo de máquinas, no tomó ninguna medida preventiva, no se resguardó y en cierto modo en algo propició con su descuido el lamentable suceso.

"Además en el proceso no hay la menor probanza que acredite que la infortunada dama padeciera de dolencia auditiva que le impidiera percatarse del ruido que produce la motoniveladora y de su peligrosa cercanía. Por ese motivo hay que reconocer culpa de la víctima que en esta oportunidad atenúa la responsabilidad estatal en un 25%."

El *a-quo* luego de las reflexiones que se dejan transcritas y de citar en su apoyo la sentencia de octubre 4 de 1.990 (Proceso 6016), de la cual fue ponente en esta misma sala el señor consejero Uribe Acosta, que precisa el alcance que tiene en la jurisprudencia la noción de la falla presunta del servicio en los casos de perjuicios causados por automotores oficiales, denegó el reconocimiento de perjuicios materiales a los damnificados; reconoció perjuicios morales a favor de los padres de la occisa, con una reducción del 25% por culpa de la víctima y los denegó a favor de sus hermanos.

Descontentas las partes por lo así decidido, apelaron. Antes de conceder el recurso, por petición de la parte actora, el mismo tribunal aclaró la sentencia en los términos indicados en el proveído de julio 19 de 1.991 (a folios 234 y ss); o sea que el nombre de la madre de la víctima es Lucila Pabón de Uribe y no Lucía.

La parte actora concretó inicialmente su inconformidad a la no condena por perjuicios materiales y a la denegación de perjuicios morales y a la denegación de perjuicios morales a sus hermanos (a folios 231 y siguientes). Luego y en tiempo oportuno adicionó su discrepancia por no estar conforme con la reducción por culpa de la víctima (a folios 260 y siguientes). La parte demandada, por su lado, considera que la reducción del 25% por culpa de la víctima no se compadece con la realidad que muestran los hechos, ya que debe absolvérsele por culpa exclusiva de la víctima; y de no, hacerse una reducción por lo menos de un 50%.

Cumplido el trámite de rigor en esta segunda instancia, es oportuno decidir. Para ello, se considera:

Como se observa a folios 260 y ss y 270 y ss las partes insisten en sus puntos de vista y los defienden con nuevos argumentos.

Para la sala la sentencia recurrida será confirmada en lo fundamental, en especial en lo que toca con el análisis de la falla del servicio, por cuanto éste se ajusta tanto a la realidad procesal como a la orientación jurisprudencial elaborada en torno a la falla del servicio presunta derivada del manejo de

vehículos automotores oficiales. Así, pues, en esto la sala no repetirá los argumentos dados y que aparecen muy bien sintetizados en la sentencia de 4 de octubre de 1990 que le sirvió de apoyo al *a-quo* para tomar su decisión.

Tesis o doctrina de la falla presunta del servicio que le impone al actor la carga de probar el hecho de la administración, el perjuicio sufrido y la relación de causalidad entre aquel y éste. Pero que no le impone demostrar que esa conducta oficial fue irregular o culposa. Y que, por contera, le impone a la entidad demandada la carga de la prueba de la exculpación; o sea, que el hecho se debió a fuerza mayor (no a caso fortuito como lo ha venido sosteniendo reiteradamente esta misma sala desde la sentencia de 31 de julio de 1989 (proceso 2852, Jorge A Herrera) a culpa exclusiva de la víctima o al hecho de tercero, también exclusivo y determinante.

Los supuestos de la responsabilidad resultaron bien probados, tal como acertadamente lo sostiene el tribunal. Así, no se pone en duda que la señorita Beatriz Elena Uribe P. murió a causa de las lesiones que una motoniveladora del municipio de Medellín (la # 28) conducida por el motorista señor Luis Manuel Gómez R, le causó el día 28 de mayo de 1.986, en el Barrio Loreto de la ciudad de Medellín.

Sobre el punto no existe discrepancia alguna y el mismo municipio no discute la propiedad de la motoniveladora, ni la conducción por operario a su servicio ni las labores que cumplía al momento de la tragedia. No le incumbe a la parte demandante demostrar que la conducta del trabajador público fue irregular, dolosa negligente o culposa.

Y la administración no demostró motivo alguno de exoneración; y menos que la culpa de la víctima tuviera ese alcance. Aunque el *a-quo* aceptó cierto grado de culpa en la conducta de la víctima y por eso redujo el monto de la indemnización en un 25%, con apoyo en el artículo 2357 del c.c., este hecho revela por si solo que para el mismo tribunal esa culpa no tenía la nota de exclusividad que la doctrina y la jurisprudencia exigen para declarar la exoneración total.

Aquí discrepa la sala de la apreciación del tribunal y máxime cuando esa culpa no resultó plenamente probada, ya que los supuestos para el reconocimiento de la misma no fueron acreditados. Aquí, mas que un hecho probado se saca una conclusión sin bases reales.

En proceso anterior esta misma sala tuvo oportunidad de decidir asunto similar. Un vehículo recolector de basuras de las Empresas Varias Municipales de Medellín, conducido en reversa, dio muerte a un peatón que apresurado cruzó la vía. Allí también se alegó la culpa de la víctima por la premura que esta tenía y por la falta de cuidado que tuvo al atravesar la calzada.

Pues bien, en argumentación que ahora se reitera ya que, *mutatis mutandis*, es aplicable al caso *subjudice*, sostuvo esta misma sala en su sentencia de septiembre 27 de 1.988, referida al caso que se deja reseñado:

"El análisis de los hechos, su demostración adecuada y la subsunción de éstos en los supuestos de las normas que consagran la responsabilidad estatal por la falla del servicio, no merecen reparo alguno a esta corporación."

"En esa apreciación las reglas de la sana crítica fueron bien aplicados. La armonización de las declaraciones testimoniales, las de oídas y las presenciales, permiten concluir que el vehículo oficial efectuó una maniobra irreglamentaria e imprudente, con violación del artículo 131 del decreto 1344 de 1970, que prohibe a los vehículos automotores hacer maniobras de retroceso en las vías públicas, salvo casos de emergencia. En este orden de ideas la entidad sólo podía exculparse probando la situación excepcional que le obligó a reversar; prueba que no obra por parte alguna y que ni siquiera fue alegada."

"La culpa exclusiva de la víctima, alegada por los magistrados disidentes para negar la relación de causalidad, no se evidenció en forma plena o suficiente. Y el testimonio tenido en cuenta por ellos del señor Félix A. Moncada R. no puede ofrecer la certeza requerida para dar por probado el hecho de la culpa de la víctima. Olvidan estos magistrados que el mencionado señor no sólo era miembro de la cuadrilla que recolectaba la basura en ese momento, sino que era compañero de trabajo del conductor responsable y que por una malentendida solidaridad tenía que buscar que la situación de éste no fuera muy gravosa. El texto de la declaración deja ver cierto favorecimiento para con su compañero de labores."

"Tampoco escapa a la sana crítica que un vehículo pesado no puede movilizarse por una pendiente con el motor apagado, sea de frente o en reversa, porque los mecanismos de freno no actúan en igual forma en tales condiciones."

"Aquí, entonces, se configura una torpeza más por parte del conductor oficial y se corrobora la ausencia de culpa de la víctima, la que sólo tenía que preocuparse por los vehículos que venían por la calzada que trataba de cruzar y no por los que ya habían pasado."

"No varía la apreciación del tribunal el hecho de que la víctima estuviera de afán. Quizás esto hubiera jugado, como exoneración o a modo de compensación, si el accidente hubiera ocurrido de frente."

"No duda la sala que los disidentes estuvieron seriamente desfasados en su apreciación probatoria."

"Sobran otras reflexiones porque el estudio del tribunal estuvo en todo ajustado a la ley."

En este orden de ideas, la condena no estará sometida a reducción alguna. En este evento, como en el estudiado en la sentencia cuyos apartes se dejan transcritos, tampoco se observa la culpa de la víctima. Los testigos son contestes en que esta transitaba por la orilla de la calzada (no por la acera, porque ésta no existía) cuando fue atropellada por el vehículo que en ese momento venía en reversa. Es apenas natural que cuando alguien va a cruzar una vía ponga cuidado en los vehículos que están por pasar no en los que ya pasaron (caso de la motoniveladora) y se devuelvan en reversa, haciendo zig zag, como lo reconoce el mismo apoderado del municipio. Lo anterior, en lugar de poner de relieve la culpa de la víctima hace mas notoria la del ente demandado, el cual para esta clase de trabajos debe manejar un sistema adecuado de señales, bien mediante postes o vallas o mediante personal auxiliar. Sistema que no existía y que ni siquiera se alegó que existiera.

Así, no se ordenará reducción alguna y se modificará el fallo en este sentido.

Sobre perjuicios materiales se acepta la decisión del tribunal. No fueron estos probados y no pueden inferirse del solo hecho de que la víctima convivía con sus padres. La prueba testimonial es a este respecto de una pobreza que impresiona. Y sólo una testigo, la señora Luz Marina Castaño, afirma que "Beatriz si les ayudaba a ellos", pero no da la razón del dicho. Además, tampoco entiende la sala como a Beatriz Elena, que era una de las menores de la casa (se entiende en número de años porque todos eran mayores, incluida la víctima) le tocaba el sostenimiento de sus padres y hermanos.

Obsérvese también, para reafirmar la negativa del tribunal, que no se probó que los padres de Beatriz carecían de bienes de fortuna y que sus hermanos tampoco estaban en condiciones económicas de velar por la subsistencia de sus progenitores.

En cambio, la sentencia en cuanto deniega los perjuicios morales a los hermanos de la víctima, deberá revocarse.

Aunque la sala durante varios años sostuvo que los hermanos debían probar ciertas circunstancias de hecho para ser acreedores a perjuicios morales porque el afecto no se presumía, en reciente fallo se cambió el enfoque. Así se da a entender que el afecto entre padres e hijos, cónyuges entre sí y hermanos, se presume. Presunción que se apoya en la tesis de lo normal, como no objeto de carga probatoria. En tal sentido, si ese afecto no existe porque se dan circunstancias que así lo ameriten, le incumbirá a la parte demandada demostrarlos. De lo contrario, se impondrá la condena, dentro de un prudente arbitrio.

Claro está que si se demuestran dentro del proceso condiciones de afecto, consideración y mutua ayuda el reconocimiento será mas fácil y mayor.

El fallo que tal precisión hizo en este campo fue elaborado por el señor consejero Suárez Hernández y aparece fechado el día 17 de julio de 1992 (proceso 6750, Actor, Luis María Calderón S) y fue corroborado luego en el fallo de 30 de julio del mismo año (actor, Jesús Tarazona Ruiz y otro, proceso 6641).

En este orden de ideas, se les reconocerá a los hermanos de la víctima el equivalente a 500 gramos oro. Así tendrán derecho a dicha indemnización Javier Hernando, Diego, Héctor de Jesús, Mario Fernando, María Inés del Carmen, Miguel Aldemar, Magdalena, José Gabriel y Carlos Augusto Uribe Pabón.

Frente al señor Miguel Aldemar Uribe Pabón, quien falleció, operó el fenómeno de la sucesión procesal en cabeza de sus herederos, tal como lo aceptó el *a-quo* en su auto de noviembre 12 de 1991 (a folio 257).

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

FALLA:

Confírmase la sentencia de marzo 8 de 1991 dictada por el tribunal administrativo de Antioquia en sus ordinales primero y tercero. Revócase en los demás. En consecuencia:

Segundo: Condénase a la citada entidad a pagar por concepto de perjuicios morales a los padres de la víctima, Miguel Angel Uribe y Lucila Pabón, el equivalente en pesos de 1000 gramos oro para cada uno; a los hermanos Javier Hernando, Diego, Héctor de Jesús, Mario Fernando, María Inés del Carmen, Miguel Aldemar, Magdalena, José Gabriel y Carlos Augusto Uribe Pabón, el equivalente en pesos de 500 gramos oro para cada uno.

Reconócese que frente a Miguel Aldemar Uribe Pabón operó el fenómeno de la sucesión procesal en cabeza de sus herederos.

La certificación sobre el valor del gramo oro que deberá expedir el Banco de la República hará referencia a la fecha de ejecutoria de este proveído.

Cuarto: Deniéganse los perjuicios materiales solicitados.

Expídanse las copias para su cumplimiento.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE.

Se deja constancia que esta providencia fue estudiada y aprobada por la sala en su sesión de fecha 24 de septiembre de 1.992.

Daniel Suárez Hernández, Presidente Sala; *Carlos Betancur Jaramillo, Juan de Dios Montes Hernández, Julio César Uribe Acosta.*

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

NOTA DE RELATORIA: Se reitera, además, la jurisprudencia contenida en fallo de septiembre 27 de 1988, sobre la culpa de la víctima en un asunto en donde se alegó por la premura y la falta de cuidado que tuvo el atravesar la calzada.

CONSEJO DE ESTADO
INDICE ALFABETICO DE ACTORES
TERCER TRIMESTRE
AÑO DE 1992

A

B

C

D

E

F

G

H

I

J

L

M

N

O

P

R

S

CONSEJO DE ESTADO
INDICE TEMATICO
TERCER TRIMESTRE
AÑO DE 1992

SECCION TERCERA

A

B

C

D

E

F

H

I

J

L

M

N

O

P

R

S

T

La Empresa Editorial
Universidad Nacional
REALIZÓ EL DISEÑO GRÁFICO DE ESTE LIBRO
Anales del Consejo de Estado
Tercer Trimestre de 1992
Y TERMINÓ SU IMPRESION EN DICIEMBRE DE 1995