



REPUBLICA DE COLOMBIA

ANALES
DEL
CONSEJO DE ESTADO

TOMO CXXV
SEGUNDA PARTE

OCTUBRE - NOVIEMBRE - DICIEMBRE

1991

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA

CONSEJO DE ESTADO

CONSEJEROS Y DIGNATARIOS

CUARTO TRIMESTRE DE 1991

Presidenta

Consuelo Sarria Olcos

Vicepresidente

Jaime Abella Zárate

Secretaria General

Nubia González Cerón

SECCION PRIMERA

Libardo Rodríguez Rodríguez

Presidente

Rodrigo Vieira Puerta

(reemplazado por el Dr. Carlos Ramírez
Arcila a partir del 1o. de junio de 1991)

Miguel González Rodríguez

Jaime Mossos Guarnizo

(reemplazado por el Dr. Ernesto Rafael Ariza
a partir del 24 de junio de 1991)

Victor M. Villaquirán

Secretario

SECCION SEGUNDA

Dolly Pedraza de Arenas

Presidenta

Clara Forero de Castro

Joaquín Barreto Ruíz

Alvaro Lecompte Luna

Reynaldo Arciniegas Baedecker

Diego Younes Moreno

Eneida Wadnipar Ramos

Secretaria

SECCION TERCERA

Carlos Betancur Jaramillo
Presidente

Carlos Ramírez Arcila
(reemplazado por el Dr. Daniel Suárez
Hernández a partir del 1o. de junio de 1991)
Julio César Uribe Acosta
Policarpo Castillo Dávila
(reemplazado por el Dr. Juan de Dios Montes
Hernández a partir del 3 de mayo de 1991)

Ruth Stella Correa Palacio
Secretaria

SECCION CUARTA

Jaime Abella Zárate
Presidente

Consuelo Sarria Olcos
Guillermo Chaín Lizcano
Carmelo Martínez Conn

Jorge A. Torrado Torrado
Secretario

SECCION QUINTA

Amado Gutiérrez Velásquez
Presidente

Jorge Penén Deltieure
Miguel González Rodríguez
(reemplazado por la Dra. Clara González de Barliza
a partir del 18 de febrero de 1991)
José Joaquín Camacho Pardo

Octavio Galindo Carrillo
Secretaria

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Javier Henao Hidrón
Presidente

Jaime Betancur Cuartas
Jaime Paredes Tamayo
Humberto Mora Osejo

Elizabeth Castro Reyes
Secretaria

FISCALIAS

- 1a. Libia Zuluaga Uribe
- 2a. Edne Cohen Daza
- 3a. Jaime Ossa Arbeláez
- 4a. Jairo Maya Betancourt
- 5a. María Eugenia Samper Rodríguez
- 6a. Margarita Olaya de Obando
- 7a. Mirén de la Lombana de Magyaroff
- 8a. María Stella Peña de Méndez
- 9a. Inés Hurtado Cubides
- 10a. Fernando Ospina Henao

RELATORES

Sonia Mireya Vivas Pineda
Danilo Rojas Betancourth

IMPRESO EN COLOMBIA

PRINTED IN COLOMBIA

Impreso en los Talleres Gráficos de Canal Ramírez Antares Ltda.- Santafé de Bogotá, D.C.

SECCION

TERCERA

COMPETENCIA TERRITORIAL—Convalidación

La incompetencia por el factor territorial, es saneable expresa o tácitamente por las partes y, por ello, el juez no puede declararla de oficio. El factor territorial, como circunstancia determinante de la competencia del juez puede convalidarse o sanearse por las partes, más especialmente por la demandada, cuando no protestó oportunamente —durante el traslado de la demanda— que el proceso se hubiere radicado ante quien se hizo.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Santafé de Bogotá, D.C., cuatro (4) de octubre de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Doctor Daniel Suárez Hernández.*

Referencia: Expediente No. 6926. Actor: Juan Julio Bechara Martínez y Otros.

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra el auto de 15 de julio de 1991 proferido por el Tribunal Administrativo de Córdoba, mediante el cual se dispuso:

“1o. Declárase la nulidad de todo lo actuado en este proceso a partir del auto admisorio de la demanda inclusive.

“2o. Envíese el expediente al Tribunal Administrativo de Cundinamarca para que conozca del asunto por razón de competencia”. (fl. 204).

I.- ANTECEDENTES:

1) En escrito visible a folios 1 a 10 del expediente, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, los señores Juan Julio, Alfredo Enrique, Carlos Iván, Sara María, Katia Isabel y Cecilia Bechara Martínez, demandaron ante el Tribunal Administrativo de Córdoba a fin de obtener la nulidad de las resoluciones Nros. 003292 de 15 de mayo de 1989 y 00078 de 12 de enero de 1990, expedidas por el señor Gerente General del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria –INCORA–, por medio de las cuales se declara que son baldíos los terrenos que integran el inmueble rural denominado Ciénaga Redonda, ubicado en jurisdicción del municipio de Montería – Córdoba.

2) Agotada la tramitación de primera instancia, luego de haberse admitido la demanda (fl. 68) y dispuesto la práctica de las pruebas, se recaudaron las alegaciones de la demandada (fls. 180 a 183) y de la actora (fl. 184 a 190), así como el concepto fiscal (fls. 193 a 199).

Al entrar a decidir, el *a-quo* observó que carecía de competencia para conocer de este proceso, por lo que tomó la decisión antes transcrita.

II.- EL AUTO APELADO:

En respaldo de su tesis el *a-quo* transcribe apartes de la decisión tomada por esta Sala el 24 de agosto de 1990 (Expediente No. 5582; Consejero Ponente: Dr. GUSTAVO DE GREIFF RESTREPO), que por lo conocida no se transcribe nuevamente.

En síntesis, el tribunal entendió que los arts. 131 y 132 del C.C.A., cada cual en su numeral 9o. radican la competencia, en casos como el que aquí se estudia, en el Tribunal Administrativo donde tenga sede el ente administrativo que profiera el acto impugnado. Con base en este criterio declaró que toda la actuación es nula, por falta de competencia territorial. (fls. 201 a 204).

La parte actora protesta, en vía de apelación, contra la decisión tomada por el Tribunal Administrativo de Córdoba el 15 de julio de 1991, argumentando que tal proveído debe revocarse por cuanto la jurisprudencia de esta Sección Tercera había sido clara y reiterativa en el sentido de situar el conocimiento del asunto, como el que aquí se debate, ante el Tribunal respectivo en donde se hallare el inmueble objeto material del acto administrativo impugnado. Cita auto de 29 de septiembre de 1988 (Expediente No. 5488; Magistrado Ponente: Dr. JULIO CESAR URIBE ACOSTA) y acompaña copia de esa providencia que respalda su punto de vista. Agrega el inconforme, que el cambio de jurisprudencia “no puede admitir que toda una actuación se retrotraiga a la época inicial, esto es, a la presentación de la demanda;

y, menos, cuando por extensión, el art. 40 de la ley 153 de 1887 establece las reglas que dicen relación a la aplicación de las nuevas leyes”. (fl. 206).

Durante el traslado para que las partes presenten sus puntos de vista en esta instancia, se depositó el escrito visible al folio 220, mediante el cual el señor apoderado de la parte demandada solicita confirmación del auto apelado.

III.— CONSIDERACIONES DE LA SALA:

1) Sea lo primero reiterar el nuevo miramiento que esta Sala tiene sobre el punto relacionado con la competencia derivada del factor territorial, en procesos de restablecimiento del derecho, cuando el acto impugnado hubiere sido proferido por el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria —INCO-RA—. Así, con providencia de 25 de mayo de 1987, se dijo:

“... Si se pretende la simple nulidad de los actos proferidos por el Inco-
ra, es decir si se instaura el contencioso de legalidad, el asunto se tra-
mita ante el Consejo de Estado. Pero si la demanda busca, como conse-
cuencia de la nulidad del acto, el restablecimiento del derecho o la repa-
ración del daño, se deberán tomar en cuenta los factores de cuantía
y territorialidad, como preceptúan los numerales 9o. de los arts. 131 y
132 de la misma codificación”. (Exp. 4525. Actor: Nelly Esther Cas-
tillo de Infante, Ponente: Dr. Julio César Uribe Acosta). Este mismo
criterio en decisión de 24 de agosto de 1990 (Expediente No. 5582;
Consejero Ponente Dr. Gustavo de Greiff Restrepo).

2) La parte final de los respectivos numerales 9o. de los arts. 131 y 132 del C.C.A., claramente prescriben que en los asuntos con los cuales se pretenda el restablecimiento del derecho “en que se controviertan actos administrativos del orden Nacional, de las entidades territoriales o de las entidades descentralizadas de los distintos órdenes” ..., la competencia “por razón del territorio se determinará por el lugar donde se produjo el acto”.

3) En el caso *sub examine* se enjuician las resoluciones Nos. 03292 de 15 de mayo de 1989 y No. 000072 de 12 de enero de 1990, ambas proferidas por el señor Gerente General del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria — Inco-RA y se hacen algunas pretensiones consecuenciales.

4) Según las consideraciones anteriores, de no ser por el momento procesal en que se encuentra la actuación, habría que concluir con el razonamiento de *a-quo*. Pero, como el auto de nulidad de todo lo actuado se produjo precisamente cuando la actuación se encontraba para proferir sentencia, dicha nulidad resulta ilegal y así habrá de decidirse, en virtud de lo siguiente:

SECCION TERCERA

a) Ninguna de las partes ha presentado inconformidad por supuesta incompetencia por el factor territorial;

b) La incompetencia por el factor territorial, es saneable expresa o tácitamente por las partes y, por ello, el juez no puede declararla de oficio (art. 143 Inc. 5o.; art. 144 numerales 1o. y 5o. del C. de P.C.).

c) El factor territorial, como circunstancia de lugar determinante de la competencia del juez puede convalidarse o sanearse por las partes, más especialmente por la demandada, cuando no protestó oportunamente que el proceso se hubiere radicado ante quien se hizo.

d) Resulta abiertamente contrario a los principios de la lealtad procesal, seguridad de las partes y economía en las actuaciones judiciales, el que se presenten situaciones como la que hoy se revisa, pues, pugna contra dichos principios declarar la ineficacia del proceso, por el simple prurito de que debió tramitarse ante otro Tribunal, de igual jerarquía y connotación, a donde de hecho se radicó el proceso.

Habida consideración de que las razones señaladas por el *a-quo* para decretar la nulidad de todo lo actuado no podía esgrimir las de oficio, por una parte, y por cuanto la parte legitimada para alegar la nulidad por el factor territorial no lo hizo oportunamente, vale decir durante el traslado que se le hizo de la demanda, con lo cual saneó o convalidó tácitamente cualquier vicio de nulidad por el factor territorial, habrá de revocarse la providencia impugnada y devolverse el expediente para que el Tribunal de origen prosiga el trámite correspondiente.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera,

RESUELVE:

REVOCASE el auto apelado, esto es el de 15 de julio de 1991, proferido por el Tribunal Administrativo de Córdoba.

COPIESE, NOTIFIQUESE y DEVUELVA al Tribunal de origen.

Esta providencia fue estudiada y aprobada en Sala en sesión de fecha, 3 de octubre de 1991.

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

FALLA DEL SERVICIO— Improcedencia/DENUNCIA PENAL

El simple hecho del denuncia penal no puede ser calificado de falla del servicio, ni pretenderse en consecuencia que tal hecho genere indemnizaciones. En parte alguna la ley exige que cuando se trate de la denuncia contra empleados o funcionarios debe seguirse previamente la investigación disciplinaria.

En sentido semejante puede consultarse el fallo de la misma fecha y ponente, exp. 6369, actor: Jaime Díaz Gutiérrez.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Santafé de Bogotá, D.C. octubre cuatro (4) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Doctor Carlos Betancur Jaramillo.*

Referencia: Expediente Nro. 6528.— Indemnizaciones. Actor: Adolfo Crawford Mercado.

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 16 de noviembre de 1990, mediante la cual el Tribunal administrativo de Córdoba denegó las súplicas de la demanda. Súplicas, que en la demanda presentada el 23 de octubre de 1989, fueron del siguiente tenor:

“PRIMERO: Que el DEPARTAMENTO DE CORDOBA — SECRETARIA DE EDUCACION es civil o administrativamente responsable de los

daños sufridos por mi mandante, ADOLFO CRAWFORD MERCADO, tanto del orden material como moral, por la denuncia criminal formulada contra él por un funcionario de la SECRETARIA DE EDUCACION DEPARTAMENTAL DE CORDOBA, que hizo que fuera procesado por el delito de FALSEDAD EN DOCUMENTO PRIVADO del que fue declarado absuelto por no haber existido el delito por el que fue procesado, tal como aparece en el hecho primero de esta demanda.

“SEGUNDO: Que el DEPARTAMENTO DE CORDOBA – SECRETARIA DE EDUCACION sea condenado a pagarle a mi mandante ADOLFO CRAWFORD MERCADO, todos los valores que conciernan por perjuicios materiales y morales, los primeros según resulten probados procesalmente o en abstracto para ser concretados según el procedimiento del artículo 308 del C.P.C. y los segundos en suma equivalente a mil gramos, oro, incluido en ambos casos la corrección monetaria y devengando los intereses comerciales y moratorios en los términos del inciso final del artículo 177 ibídem”.

Como hechos se narraron en dicho libelo, en síntesis, los siguientes:

1) Que el señor Modesto de Jesús Ojeda A., en su carácter de jefe de la Sección de Diplomas de la Secretaría de Educación de Córdoba, formuló denuncia penal por falsedad en documento privado contra el demandante, gracias a queja formulada por el señor Gustavo Perinián P.

2) Que el juzgado 5o. de Instrucción Criminal, en providencia de 23 de febrero de 1989, declaró el cese de procedimiento con base en el artículo 34 del C. de P.P.

3) Que el señor Ojeda A. con su conducta precipitada, le ocasionó perjuicios no sólo a él, como demandante, sino a toda su familia; perjuicios de índole moral y material.

El tribunal, luego del trámite de la primera instancia, denegó las súplicas de la demanda. Para el efecto sostuvo:

“Para establecer si se dieron en el caso planteado esos tres elementos, se debe concretar primero que todo y tal como lo dice el Ministerio Público en su concepto; la calidad de empleado de la persona que presuntamente infirió el daño, y si ese daño es consecuencia de una actividad propia de la administración.

“La calidad de empleado se demuestra con la constancia de la respectiva jefatura de personal del Departamento de Córdoba. No obstante haber

solicitado el actor dicha prueba, ésta no fue aportada al expediente, por circunstancias que desconoce el ponente; pues el negocio sólo le fue asignado en el momento procesal de correr traslado al Fiscal para alegar. De tal suerte, que sin esa prueba es imposible responsabilizar a la administración.

“Ahora bien, en el evento en que realmente el denunciante fuese empleado del Departamento de Córdoba y en gracia a la controversia, considera el tribunal que tampoco habría responsabilidad del Estado, habida cuenta que el funcionario público tiene la obligación, de acuerdo con el artículo 19 del C. de P.P. de denunciar el hecho punible y si no lo hiciera estaría cometiendo delito.

“Cuando el funcionario actúa de esa manera, lo hace obedeciendo un mandato legal y por el conocimiento que tiene del asunto, sin que esto constituya una imputación directa. Sencillamente, se denuncian los hechos y los jueces definen si éstos son constitutivos de delito y la responsabilidad de los autores o partícipes. De no ser así, el mandato del artículo 19 del C. de P. P. sería un mero enunciado retórico, pues ningún empleado podría presentar denuncias penales por la responsabilidad que esto le implicaría a la administración.

“Por lo anterior, acata el tribunal en toda su integridad la vista fiscal número 158 de noviembre 14 de 1990, que solicita desechar las pretensiones de la demanda”.

Cumplido el procedimiento de esta instancia, es oportuno decidir. Para ello se considera:

Opina la señora agente del ministerio público, Doctora Edné Cohen D. en su vista de 8 de julio de 1991 (a folios 99 y siguientes), que “deberá decretarse la nulidad de todo lo actuado en el Consejo de Estado y ordenarse la devolución del expediente al tribunal de origen” porque “lógico es concluir que el presente proceso es de única instancia y el Consejo de Estado carece de competencia para conocer de este recurso”.

Por su lado, el recurrente en el escrito de sustentación del recurso (a folios 89 y siguientes) afirma que en razón del cargo docente que ejercía el señor Crawford M., debió sometersele previamente a una investigación disciplinaria, con fundamento en el decreto 2372 de 1981, sustitutivo del 596 de 1980, y que así no se hizo. Que ese procedimiento irregular constituyó una flagrante violación del derecho de defensa. Que debió proceder el funcionario conforme a la ley: investigar el hecho denunciado y probado; tomar las medidas disciplinarias del caso y comunicar a las autoridades jurisdiccionales competentes la comisión del delito en busca de la sanción penal.

Hecho el recuento que precede, procede la sala, en orden lógico, a estudiar en primer término la nulidad del trámite cumplido en la segunda instancia, en razón, como lo afirma la fiscalía, que el presente proceso no tiene vocación para dicho efecto.

Para la sala no le asiste la razón a la fiscalía. Quizás ésta se desorientó con la estimación hecha en el libelo, la que formalmente podía respaldar la opinión del ministerio público, ya que allí se lee: "considero que los perjuicios tanto materiales como morales superan los tres millones de pesos".

Pero si dicha agencia hubiera interpretado la demanda en su integridad, habría concluido que el asunto sí tenía la doble instancia, porque la sola pretensión por perjuicios morales (1.000 gramos oro) excedía de la suma de \$3.500.000.00 indicada en el artículo 2o. del decreto 597 de 1988 para tal efecto. Baste pensar que el 15 de agosto de ese año el gramo oro valía \$4.736.54.

Reafirmada la competencia de la sala para conocer recurso de apelación, se anota:

Le asiste la razón al *a-quo* cuando afirma que, dejada de lado la circunstancia de que no se probó la calidad de empleado que tenía el señor Crawford, no se evidencia la responsabilidad de la entidad pública demandada, porque el funcionario que puso la denuncia penal contra el citado señor por falsedad en documentos, no hizo más que cumplir el mandato legal, el artículo 19 del C. de P.P. que así lo imponía; y porque tenía fundamento plausible para hacerlo y que si no lo hubiera hecho habría incurrido él mismo en delito sancionable penalmente.

Sobre las denuncias penales y la responsabilidad que pueda imputársele al Estado por el hecho de las mismas, por temeridad, ligereza o mala fe, ha tenido la corporación oportunidad de referirse en más de una ocasión. Así en la sentencia de septiembre 2 de 1983, esta misma sala fuera de hacer suyos los planteamientos de la fiscalía, reiteró pensamiento igual. Allí sostuvo:

"A juicio de este despacho, el simple hecho del denuncia penal no puede ser calificado de falla del servicio, ni pretenderse en consecuencia que tal hecho genere indemnizaciones.

"La denuncia penal que formuló el Secretario de las Empresas fue realizada en cumplimiento de un deber que la ley penal le impone a todo funcionario o empleado público (art. 12 C.P.P.). Si lo anterior constituye una obligación por simple lógica no puede ser al mismo tiempo una falla; las nociones se excluyen entre sí. Cumplir con lo que la ley ordena no puede ser contrario a la ley.

SECCIÓN TERCERA

“Tanto el actor como la sentencia apelada echan de menos una investigación administrativa previa al denuncia penal, pero resulta que en tratándose de ilícitos como los denunciados no existe norma alguna que obligue o que establezca una investigación administrativa antes de elevar el denuncia penal. Una vez que se tuvo conocimiento del supuesto ilícito había que ponerlo en conocimiento del juez competente para que lo investigara, so pena de incurrir en el delito de encubrimiento (art. 199 C.P.). La ley penal es muy enfática en señalar el momento en que debe hacerse el denuncia. Así pues no podemos enmendar la ley exigiendo investigaciones administrativas previas que no existen en nuestro sistema.

“De aceptar la tesis expuesta en la demanda se caería en el extremo vicioso y peligroso de constituir en fuente de indemnizaciones administrativas, lo que la ley penal ha establecido como un deber o una obligación de todo funcionario público.

“Que no se piense tampoco, que la actividad del funcionario puede ser ejercida sin control, o en forma temeraria, como se dice en la demanda, pues en estos casos habría una responsabilidad personal del agente que así se comporte, pudiéndose llegar a configurarse con su proceder el delito de falsas imputaciones de que trata el artículo 187 del C.P.

“Una sana y juiciosa interpretación de las normas existentes nos lleva a concluir, que el hecho del denuncia penal, sea contra un sujeto en especial o como en el presente caso contra persona indeterminada, no puede ser calificada de falla del servicio ni puede generar el pago de indemnizaciones.

“Por lo expresado, esta fiscalía se permite solicitar a la Honorable Sala, revocación del fallo apelado y en su lugar negar las súplicas de la demanda”.

“La sala comparte en un todo la apreciación de la fiscalía y anota:

“1o.— La Empresa demandada por conducto de uno de sus funcionarios (el secretario general) elevó una denuncia penal por la sustracción continuada de algunos bienes muebles. En esa denuncia no se sindicó a persona alguna en particular. (Ver copia de la denuncia y su ratificación a folios 48 y 49 del cuaderno principal). En aquélla sólo se dijo que se ponía el hecho en conocimiento de las autoridades, “ya que existen serias dudas acerca de la honestidad y en general del comportamiento de muchas personas vinculadas directa e indirectamente con la Empresa”. En la ratificación tampoco se hizo incriminación concreta a alguna persona.

“2o.— Hecha la denuncia (que era un deber del funcionario que conoció los hechos irregulares, según el artículo 12 del C. de P.P.) el asunto salió de la órbita de la administración e ingresó en la competencia de la justicia penal. Ahora, si ésta actuó incorrectamente y con su conducta lesionó al señor Suárez C. es aspecto que no puede analizarse aquí, entre otras razones porque el mismo demandante afirma que no cuestiona la actividad jurisdiccional cumplida.

“3o.— La denuncia propuesta no estaba supeditada a una formal investigación administrativa previa; y no podía estarlo porque la norma del Código de Procedimiento Penal (el artículo 12) que impone la obligación de denunciar los hechos que pueden ser constitutivos de delito penal, no condiciona su ejercicio y menos impone a la administración la anticipada calificación de ilícito.

“La denuncia no pudo ser más correcta y prudente. Además, para ello existió un motivo plausible, cual fue las informaciones suministradas al señor secretario de la Empresa por dos de sus subalternos.

“4o.— Los motivos que tuvo el juez para vincular al proceso penal al señor Suárez no pueden cuestionarse en esta oportunidad. Las diligencias judiciales le dieron pie para su detención y en éstas no tuvo nada que ver la administración denunciante”.

Se advierte que el artículo 12 citado en la sentencia que se deja transcrita corresponde al Código de Procedimiento Penal anterior. En el nuevo decreto 0050 de 1987 ese deber de denuncia se regula en su artículo 19; norma que es del siguiente tenor:

“Artículo 19. Deber de denunciar. Todo habitante del territorio colombiano mayor de dieciséis años, con las excepciones establecidas en este Código, deben denunciar inmediatamente a la autoridad los hechos punibles de que tenga conocimiento y cuya investigación deba iniciarse de oficio.

“El empleado oficial que por cualquier medio tenga conocimiento de un hecho punible que debe investigarse de oficio, iniciará sin tardanza la investigación, si tuviera competencia para ello; en caso contrario, pondrá inmediatamente el hecho en conocimiento de la autoridad competente”.

Como se desprende de su texto, en parte alguna se hace la exigencia que cuando se trate de la denuncia contra empleados o funcionarios debe seguirse previamente la investigación disciplinaria. Ni el Código de Procedimiento Penal ni el estatuto disciplinario para los educadores oficiales o decreto 2372 de 1981 así lo exige. Y no podrían hacerlo porque a nivel admi-

SECCION TERCERA

nistrativo en general la acción disciplinaria contra los funcionarios o empleados no es obstáculo para la acción penal que deba iniciarse cuando el hecho imputado constituya una infracción a la ley penal. Ni siquiera se da en este evento la prejudicialidad porque la persona puede ser absuelta disciplinariamente y condenada penalmente o viceversa.

Además, en el caso concreto no se demostró que el funcionario denunciante hubiera actuado en forma ligera o irresponsable. No, la gravedad de los hechos que puso en conocimiento del juez penal, bajo juramento, contra el profesor Crawford no admitían otra conducta diferente. Si no lo hubiera hecho habría incurrido, posiblemente, en encubrimiento. (Ver denuncia a folios 21 y 21 vuelto). El resultado final de la investigación penal tampoco pone de presente la ligereza en la denuncia, para la cual, repite la sala, hubo un fundamento plausible. Y si a lo anterior se suma que la parte actora no hizo ningún esfuerzo probatorio para demostrar la falla del servicio, se entiende bien el porqué el fallo apelado tendrá que ser confirmado.

Por lo expuesto y en desacuerdo 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:

Confírmase la sentencia de 16 de noviembre de 1990 dictada por el tribunal administrativo de Córdoba.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVA

Esta providencia fue aprobada por la sala en su sesión celebrada el día 3 de octubre de 1991.

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

FALLA DEL SERVICIO MEDICO

Cuando la Sala cuestiona el servicio médico oficial no parte del supuesto de que en éste va envuelta una obligación de resultado. No podría aceptar, entonces, v. gr. que en todo caso de muerte se presume la falla del servicio o la culpa personal del médico. No, la obligación de éste frente a su paciente es de medio; vale decir, que éste cumple a cabalidad y no compromete su responsabilidad ni la del ente a que pertenece, cuando pone a disposición de aquél toda su ciencia y los medios adecuados, aconsejables y oportunos que la infraestructura del servicio debe poseer. En el caso *sub-judice* se puso de presente que esa obligación de medio fue flagrantemente incumplida.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Santafé de Bogotá D.C. octubre siete (7) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Doctor Carlos Betancur Jaramillo.*

Referencia: Expediente Nro. 6367. Indemnizaciones. Actor: Fabio Buriticá Valencia y Otros.

Procede la sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por las partes contra la sentencia de 6 de septiembre de 1990 dictada por el tribunal administrativo del Quindío, mediante la cual se dispuso:

“1.— Declárase al Instituto de Seguros Sociales administrativamente responsable de la muerte de la señorita LUZ ELENA BURITICA MUÑOZ, acaecida el día 15 de julio de 1987, en la Clínica de esta entidad, Seccional Pereira (R), a donde fue trasladada luego de haber sido recibida y atendida en la Seccional de Armenia (Q).

SECCION TERCERA

"2.— Como consecuencia, condénase al Instituto de Seguros Sociales al pago del equivalente en dinero a las siguientes cantidades de gramos oro, de conformidad con la cotización que de este metal tenga el Banco de la República a la fecha de la ejecutoria de este fallo:

a) Para el señor FABIO BURITICA VALENCIA: MIL (1.000) GRAMOS ORO.

b) Para la señora ALEYDA MUÑOZ DE BURITICA: MIL (1.000) GRAMOS ORO.

c) Para FABIO ALONSO BURITICA MUÑOZ: QUINIENTOS (500) GRAMOS ORO y

d) Para GILBERTO BURITICA MUÑOZ: QUINIENTOS (500) GRAMOS ORO.

"3.— Las sumas que se reconocen en favor de los actores, devengarán intereses comerciales durante los seis (6) meses siguientes a la fecha de la ejecutoria de esta providencia y moratorios después de ese término. (Inciso final, Art. 177 C.C.A.).

"4.— Declárase inhibido el Tribunal para resolver las pretensiones de la demandante JULIANA BURITICA MUÑOZ, quien se presentó como hermana de la víctima, por falta del presupuesto de la sentencia de fondo legitimación en la causa.

"5.— En caso de no ser apelada, consúltese esta sentencia con el Superior (Art. 184 C.C.A.).

"6.— Sin costas, por disposición legal (Art. 171 C.C.A.).

"7.— En firme este proveído, háganse las comunicaciones del caso, para su cumplimiento. Archívese el expediente".

En la demanda, presentada el día 15 de julio de 1989, se narraron, en síntesis, los siguientes hechos:

1) Que el 14 de julio de 1987, la señorita Luz Elena Buriticá M. luego de ser atropellada por una bicicleta, fue llevada a eso de las 7 de la noche a Urgencias de la Clínica de los Seguros Sociales de Armenia, en donde fue examinada por el médico de turno, quien requirió los servicios de un neurocirujano, el que sólo se hizo presente aproximadamente a las 11.

2) Que se dispuso la operación de la paciente, la que no se pudo realizar por falta de anesthesiólogo, sangre y un electrobisturí.

3) Que ante esto se ordenó la remisión de la paciente al Hospital de Zona de Armenia; lugar en el que tampoco existían los medios adecuados.

4) Que ante estas circunstancias se remitió al I.S.S. de Pereira, donde murió al poco tiempo luego de la craneotomía que se le practicó.

El *a-quo* para tomar la decisión que se deja transcrita, y luego de rechazar las excepciones de caducidad, de falta de competencia e indebida representación de la parte demandada, estimó que se habían demostrado los supuestos de la responsabilidad por falla del servicio del ente demandado. Frente al hecho generador de la falla sostuvo el *a-quo*:

“Sin necesidad de entrar a considerar si el I.S.S. tenía, o no, la obligación de contar con todos los elementos que la ciencia moderna exige para una exitosa intervención quirúrgica del cerebro, sí debe aceptarse, con base en los conceptos científicos de los médicos que atestiguaron en este caso, que el I.S.S. estaba obligado a prestar a la víctima una atención médica oportuna y esa atención a tiempo no podía ser simplemente la de tomar nota de la evolución de su estado clínico, sino, principalmente, la de proceder médicamente, de conformidad con el diagnóstico, en este caso concreto, la de proceder a operarla inmediatamente le fueron detectados signos de lesión cerebral y de presencia de colecciones de sangre o hematomas cerebrales que imponían su rápida evacuación o drenaje mediante la intervención quirúrgica, todo ello considerando que el transcurso del tiempo iba aumentando el riesgo de muerte de la paciente, por cuanto los mismos hematomas podían producirle lesiones en el tallo cerebral.

“De otro lado, según el dictamen pericial rendido por los médicos Luis Edilberto Bonilla Norato y Carlos Jaime Acosta Escobar, la señorita Luz Elena Buriticá Muñoz sí recibió, a raíz del accidente, trauma craneoencefálico que le ocasionó “hematoma subdural temporal derecho e intracerebral temporal derecho”, pero que el accidente no causó “lesión directa en el tallo cerebral de la paciente, dado que según consta en el folio No. 40 de la H.C., la paciente llegó alerta al I.S.S. sin que se hallan (sic) consignado signos de compromiso de tallo en la H.C.”; que tales signos se presentaron entre las 10 y las 10:30 p.m.; que la decisión de intervención quirúrgica que se tomó en el momento fue la apropiada; que el procedimiento quirúrgico realizado en la Seccional de Pereira, teniendo en cuenta el mal estado de la paciente, fue el adecuado; y que la lesionada no falleció por falta de atención médica. (fls. 21 a 23 y 34 a 36 C. 3).

Aunque no puede decirse que la señorita Luz Elena Buriticá Muñoz hubiera fallecido por falta de atención médica, ni que hubieran sido erradas las decisiones médicas adoptadas por los especialistas que inter-

vinieron en el asunto, a la entidad demandada se le imputa la falta de aplicación oportuna del procedimiento que se imponía como conclusión de esa atención y decisiones médicas. Si la paciente hubiera sido valorada rápidamente por el especialista Neurocirujano, y no a las tres horas de haber sufrido la lesión y de haber sido recluida en la Clínica del I.S.S. de Armenia, o si, a pesar de la tardanza del especialista, la lesionada hubiese sido intervenida quirúrgicamente en la oportunidad en que lo ordenó el mentado profesional, muy probablemente se hubiera salvado su vida y recuperado su salud, según los conceptos de los profesionales que declararon en este proceso, pues la lesión por la cual fue llevada a la Clínica del I.S.S. de Armenia no le produjo, en forma directa, la lesión del Tallo cerebral que ocasionó su fallecimiento, como se anotó en el dictámen péricial antes referido.

“Así las cosas, fue factor determinante del óbito de la señorita Luz Elena Buriticá Muñoz, la tardanza de la intervención quirúrgica que su estado de salud reclamaba con prontitud, hecho éste que constituye una falla en la prestación del servicio público de salud que el Estado prestaba a través del Instituto de Seguros Sociales, a esta ciudadana afiliada a esa Institución”.

Frente a los otros dos presupuestos de la responsabilidad (el daño y la relación causal) encontró el *a-quo* que se habían probado adecuadamente, tal como discurre a folios 380 y siguientes del cuaderno principal.

Descontentas las partes con la decisión, interpusieron sendos recursos de apelación. La parte actora por cuanto se declaró inhibición para resolver las pretensiones de la demandante Juliana Buriticá Muñoz, por falta de legitimación en la causa. Y la parte demandada porque las excepciones no fueron bien estudiadas por el tribunal y porque no existió relación de causalidad entre la conducta del I.S.S. y la muerte de la señorita Buriticá, ya que las heridas sufridas por ésta eran de naturaleza necesariamente mortal. Agrega, además, que los peritos médicos dictaminaron que la paciente no falleció por falta de atención médica (ver escrito de sustentación a folios 386 y siguientes), sino por otras razones diferentes.

Cumplido el trámite de la segunda instancia, es oportuno decidir. Para ello, se considera:

Para la señora fiscal segunda de la corporación, Doctora Edné Cohen Daza, la sentencia merece ser modificada, en el sentido de disminuir la condena por la culpa o el hecho de tercero. Estima asimismo que deberán atenderse las súplicas de la señora Juliana Buriticá, porque las pruebas que acreditan la relación de parentesco entre ésta y la occisa fueron corregidas oportunamente. De esa vista fiscal de 25 de junio de 1991 (a folios 455 y siguientes), se destacan los siguientes apartes que la sala prohija:

“Básico y primordial es el dilucidar la real existencia o inexistencia de la falla y del nexo de causalidad entre la cuestionada falla del servicio y el daño ocasionado, representado éste en la muerte de la señorita BURITICA MUÑOZ, factores esenciales para establecer si existe responsabilidad del Estado.

“LUZ ELENA BURITICA MUÑOZ, como ya se ha anotado, fue atropellada por una bicicleta hacia las 7 de la noche del día 15 de julio de 1987 en una de las vías públicas de la ciudad de Armenia, e inmediatamente se le trasladó a la Clínica del I.S.S. lugar a donde llegó consciente, hasta el punto que suministró los datos e información personal que se le requirió, y luego de los múltiples inconvenientes e irregularidades ya conocidas, fue intervenida quirúrgicamente a las 1:15 de la mañana del día siguiente, falleciendo posteriormente, a las 9:05 de la noche de ese mismo día.

“El doctor NELSON LOPEZ MUÑOZ, Neurocirujano del I.S.S. de Armenia (folio 69 C. 4) al relatar los pormenores del estado en que halló a la paciente a su llegada al hospital, aproximadamente tres horas después de ésta haber ingresado al centro hospitalario, dice: “... revisando la historia de ingreso observé que la paciente había tenido un claro deterioro neurológico desde su ingreso al ISS y aún así nadie me había reportado el caso, médicamente hablando ...” Más adelante, al referirse a la carencia de electrobisturí, electrocoagulación y médico-anestesiólogo para intervenir inmediatamente a la paciente, afirma que dicha situación es muy grave porque al presentarse una complicación como en el caso referido, el médico no puede actuar inmediatamente y en complicaciones de hemorragia intracraneada los minutos son preciosos para evitar la defunción o morbilidad post-operatoria y es muy angustiioso para el médico, no estar informado de la ausencia de recursos básicos como esos en un momento determinado.

“En otro aparte de su declaración, al referirse a la gravedad de las lesiones de la paciente, dice: “... estas tres entidades morfológicas que aparecen en la nota operatoria en sí, son extremadamente graves, pero analizando globalmente el caso, si se hubiera prestado atención médica oportuna y con un post-operatorio en una unidad de cuidados intensivos, los resultados, señor juez, subrayo (dice el declarante), podrían haber sido diferentes ...” Al preguntársele si fue o no, intervenida quirúrgicamente a tiempo, LUZ ELENA BURITICA (fl. 82 C. 4), contestó categóricamente: “NO LO FUE”.

.....

“Precisado lo anterior, conviene anotar que en la muerte de LUZ ELENA BURITICA MUÑOZ contribuyeron dos factores: el trauma

craneoencefálico de naturaleza "mortal" producido por las lesiones causadas por el accidente y la tardía intervención quirúrgica que se le practicó en el I.S.S. circunstancias que no pueden desligarse como causas que contribuyeron en la producción del daño, debe pues, declararse la responsabilidad del ente demandado y condenarse al pago de perjuicios disminuidos, teniendo en cuenta la intervención o culpa de un tercero.

"El punto materia de apelación por la parte actora, relativo a la negación de reconocimiento de perjuicios morales a JULIANA BURITICA por no aparecer acreditado que ésta y la fallecida LUZ ELENA fuesen hijas de una misma madre, deberá ser atendido en sus argumentos, pues en efecto jurisprudencialmente, como lo anota el apelante, en casos similares se ha pronunciado el Consejo de Estado aceptando la validez probatoria de documentos que acreditan el parentesco, presentados oportunamente pero que presentan alguna inconsistencia que se presta a confusión, permitiendo que se subsanen así los yerros detectados, tal como ocurre en esta oportunidad en que se allega la partida de registro civil de la actora mencionada, debidamente corregida y autenticada (folio 450)".

A folios 417 y siguientes figura el alegato de conclusión de la parte actora, en el que se insiste en la confirmación del fallo recurrido y en la condena a favor de la señora Buriticá Muñoz. Allí se hace un análisis de las distintas pruebas que destacan la existencia de la falla y la relación de causalidad entre ésta y el perjuicio sufrido por los demandantes.

Para la sala la sentencia recurrida deberá confirmarse. Ella contiene un serio y ponderado análisis de la situación fáctica; fuera de que el estudio de las excepciones no deja nada que desear.

En vista de que la entidad demandada insiste en cuestionar al aspecto exceptivo manejado por el *a-quo*, pasa la sala en primer término a revisar este extremo. muestra el expediente que la demanda fue dirigida contra el Instituto de los Seguros Sociales, "representado por el señor Director General (artículo 18 de la ley 90 de 1946, artículo 57 del decreto 1650 de 1977) representación delegada por efectos de la resolución 0228 de 1987 en los Gerentes Seccionales, específicamente en el de la Seccional del Quindío" ...

Deja ver también el expediente que el tribunal *a-quo* admitió la demanda (a folio 304) y ordenó notificar ese auto admisorio al "Señor Director Seccional o Regional del Instituto de los Seguros Sociales. Quindío". Notificación personal que se cumplió con el Doctor José Arnoby Chacón C. en su carácter de Gerente Seccional. (a folio 306).

En el auto de corrección de la demanda se ordena de nuevo esa notificación y se precisa que no se dispone la del Director General por cuanto la

representación del I.S.S. se delegó en los Directores Regionales. Dicho auto se ejecutorió sin que la demandada hubiera interpuesto recurso alguno. De haber existido la nulidad ésta habría quedado saneada.

Asimismo se observa que el señor Gerente Seccional designó apoderado para “la defensa de los intereses del Instituto de Seguros Sociales”, quien propuso, entre otras excepciones, la de indebida representación porque no se le notificó la admisión al Director General (a folio 8 del C. No. 2), sin dar ninguna explicación adicional, y la incompetencia.

Para la sala el punto no merece mayor explicación. La resolución 1672 de 1988, emanada de la Gerencia General del Instituto, delega en forma expresa en los directores regionales y jefes de oficina locales, entre otras funciones: e) “La representación legal del Instituto en asuntos judiciales cuando la entidad sea demandada o demandante; y f) Ejercer la representación judicial del Instituto en su jurisdicción constituyendo si es el caso mandatarios para que lo representen judicial o extrajudicialmente”.

Es tan clara esa delegación que la defensa esgrimida es confusa, contradictoria y carente de seriedad (ver resolución a folios 406 y siguientes).

Que la competencia afirma el Instituto, estaba radicada en el tribunal de Risaralda y no en el del Quindío. Aquí también aparece la falta de seriedad en la defensa. Si bien es cierto la señorita Buriticá murió en Pereira, ese hecho fue sólo la culminación de una cadena de circunstancias que pusieron de presente la inadecuada prestación del servicio por parte de la Seccional del Quindío y su carencia de medios para atender la urgencia que se presentó.

Tan cierto es esto que la falla del servicio no se imputó al I.S.S. por la operación realizada en Pereira, sino por la ineficacia “impresionante”, por decir lo menos, de su Seccional de Armenia. En Pereira no se hizo otra cosa que cumplir lo último que se podía hacer por la paciente en mal estado remitida de Armenia.

Tampoco estaba caducada la acción cuando se presentó la demanda el 15 de julio de 1989, porque los hechos que culminaron con el fallecimiento de la paciente ocurrieron el 15 de julio de 1987; es decir, que en esa fecha, y sólo en ella, se puso de presente la falla causal.

Y como lo dispone la ley, en los plazos de meses y años (que se contarán según el calendario) el primero y el último día tendrán un mismo número; es decir, que para el caso, las dos fechas fueron el 15 de julio de 1987 y el 15 de julio de 1989, precisamente el día en que se presentó la demanda.

Sobre la inexistencia del vínculo causal entre la prestación del servicio y la muerte de la señorita Buriticá, circunstancia también alegada como

excepción por la demandada, la sala estima que aunque en estricto sentido procesal no tenga esta característica, su estudio se entiende subsumido en el análisis de los supuestos de la responsabilidad.

La falla del servicio se puso en evidencia y la conducta del Instituto frente a este doloroso caso pone de presente una vez más la ineficiencia del servicio médico estatal, el que ha venido perdiendo su razón de ser en la maraña de la burocracia y ante la mirada indolente oficial.

Es increíble que en un centro de tanta importancia como Armenia un paciente de urgencia no encuentre un médico especialista que lo atienda pronto y ni siquiera un médico general que le preste sus primeros auxilios; que cuando se le encuentra, tres horas más tarde (¿no había o estaba dañado el buscapersonas?), ordena una operación de urgencia que no se le puede practicar por falta de sangre, anestesiólogo y bisturí eléctrico; que se remite a otro hospital de la ciudad, supuestamente mejor dotado, en el que tampoco se le puede hacer nada por iguales carencias; que debe enviársele a otra ciudad, en su grave estado, para que fallezca en la sala de cirugía.

Y que, por contera, el mismo Instituto quiera poner en duda su responsabilidad ... y defender su conducta con arandelas legales. Francamente, por eso el país está como está: destruido, desmoralizado, anticristiano e indolente ... Quizás por eso la defensa apela a las minucias irreales: un día de caducidad, una incompetencia territorial porque la paciente terminó muerta en Pereira; una delegación que, dizque no es delegación.

La sala al confirmar la decisión del *a-quo* quiere recalcar, para evitar equívocos, que cuando cuestiona el servicio médico oficial no parte del supuesto de que en éste va envuelta una obligación de resultado. No podría aceptar, entonces, *vbr.* que en todo caso de muerte se presume la falla del servicio o la culpa personal del médico. No, la obligación de éste frente a su paciente es de medio; vale decir, que éste cumple a cabalidad y no compromete su responsabilidad ni la del ente a que pertenece, cuando pone a disposición de aquél toda su ciencia y los medios adecuados, aconsejables y oportunos que la infraestructura del servicio debe poseer.

Y en el caso *sub-judice* se puso de presente que esa obligación de medio fue flagrantemente incumplida. La paciente ingresa a urgencias, consciente y orientada pese a su traumatismo craneano, a eso de las 7.30; nadie la atiende médicamente; pasan las horas, más de tres, sin poder localizar al neurocirujano (no había o no funcionó el buscapersonas o no había teléfono); el neurocirujano ordena inmediatamente la intervención quirúrgica, la que no puede cumplirse por falta de anestesiólogo y de un bisturí eléctrico; se remite al Hospital de Zona y allí tampoco se puede hacer nada por carencia de los más elementales medios. Pasa el tiempo y a las 5 horas fallece en el Hospital de Pereira. Más inoportunidad y negligencia es imposible de detectar.

Si esto no es falla del servicio, habría que afirmar que esta figura jurídica no existe en el derecho colombiano. La falla no sólo se da cuando el servicio no opera, sino que se produce cuando funciona mal o tardíamente. (...)

Y aquí precisamente está el punto neurálgico. Los médicos declarantes son contestes en destacar que en casos como el analizado la intervención tiene que ser pronta y oportuna. El Doctor Nelson López (al folio 82 C. No. 4) al referirse al punto anota: “el paciente se traslada a donde pueda ser operado en el momento exacto *sin esperar a que esa tardanza produzca lesiones en el tallo cerebral, ya que estas lesiones, antes de producir la muerte comienzan a lesionar, por la demora, el tallo cerebral.* Soy enfático, el factor tiempo es básico *en el tratamiento quirúrgico de las lesiones intracraneadas.* (Subrayas de la sala).

El mismo médico afirma algo que permite inferir que la lesión no era necesariamente mortal cuando la paciente ingresó a urgencias y corrobora más la falla del servicio por inoportunidad y carencia de medios: “sin bistori en las dos instalaciones la situación se tornaba desesperada *porque en ese momento el caso era perfectamente recuperable.*” (a folio 82 del C. No. 4)

Y agrega: “o sea, estas tres entidades morfológicas que aparecen en la nota operatoria en sí, son extremadamente graves, pero, analizado globalmente el caso, si se hubiera *prestado atención médica oportuna y con un post-operatorio en una unidad de cuidados intensivos, los resultados, señor, juez, y subrayo, podrían haber sido diferentes.* (Subrayas fuera de texto, a folio 81).

En el planteamiento inicial coincide el Doctor Jorge Luis Osorio Cardona, especialista que operó a la señorita Buriticá en Pereira. En su declaración que obra a folios 30 y siguientes del cuaderno No. 4 insiste en el factor oportunidad y en las probabilidades de éxito, dando a entender que dicho factor no se dio en el caso a estudio.

También el Doctor Arnoby Chacón destaca la importancia de la intervención oportuna en tales casos.

Las notas de enfermería dan cuenta que entre el ingreso de la paciente a urgencias hasta la iniciación de la operación en Pereira *transcurrieron cinco horas y media.* (a folio 86 y siguientes del C. No. 4).

El mismo Doctor Nelson López, quien intentó operarla en primer término, solo arribó a la clínica pasadas 3 horas del ingreso de la paciente.

Para la sala, entonces, apoyada en el dictamen pericial médico que obra a folios 21 y 23 y 34 a 36 del C. No. 3 y en las declaraciones de los médicos

que en una u otra forma tuvieron que ver con el caso, no existe duda alguna que el servicio falló en forma notoria y que esa falla fue causa de la muerte de la señorita Buriticá y de los perjuicios que reclaman los damnificados.

Quiere la sala insistir en dos aspectos: La falla no se imputa por la intervención quirúrgica que se hizo en Pereira. Era la única salida y nadie ha dicho y menos probado que la operación estuvo mal ejecutada. De allí que todo ocurrió en Armenia y fue en ésta donde se puso de presente la protuberante falla del servicio que se imputa al Instituto.

Tampoco sirve de excusa lo afirmado en el sentido de que la lesión era necesariamente mortal. Y no sirve porque las pruebas muestran que adquirió ese carácter por falta de atención oportuna y adecuada y porque, y esto es elemental, la obligación médica estaba en prestar toda la atención posible y oportuna y esto no se dio.

Lo expuesto muestra que la sentencia deberá mantenerse en su integridad, con la única salvedad relacionada con la demandante Juliana Buriticá Muñoz, ya que la prueba que le sirvió de apoyo al tribunal para su inhabilitación, fue oportunamente corregida.

No comparte la sala la apreciación de la fiscalía cuando estima que la condena se debe disminuir o compensar, porque en la ocurrencia del hecho intervino un tercero (el ciclista). Y no se comparte porque cuando se da este fenómeno, no se produce una compensación, sino la concurrencia de sujetos responsables y solidarios por el daño causado, o la exoneración de responsabilidad cuando el hecho del tercero sea la causa única de dicho daño. En cambio, la compensación, como lo ha dicho en repetidas veces esta Sala, se da cuando concurre la falla del servicio con la culpa de la víctima y la de ésta no es exclusiva.

Por lo expuesto, y de acuerdo en lo fundamental 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:

Confírmase la sentencia de 6 de septiembre de 1990 dictada por el Tribunal Administrativo del Quindío, en todos sus numerales, excepción hecha del numeral 4, el que quedará así:

Condénase al mismo Instituto a pagar a la señora Juliana Buriticá Muñoz, por concepto de perjuicios morales, el equivalente en pesos a 500 gramos oro, conforme a la certificación del Banco de la República a la fecha de ejecutoria de este fallo.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVA.

Esta providencia fue aprobada por la sala en su sesión celebrada el día 3 de octubre de 1991.

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

**ACUMULACION DE PRETENSIONES POR INSERCION—Improcedencia/
LITISCONSORCIO FACULTATIVO**

De acuerdo con el estatuto procesal civil colombiano, no es posible que dentro de un proceso de conocimiento pueda existir la acumulación de pretensiones por inserción, dado que ella tan sólo se previó en el caso de la acumulación de demandas dentro del proceso de ejecución.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Santafé de Bogotá, D.C., octubre siete (7) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Referencia: Expediente No. 6966. Actor: Digna Concepción López Chamorro.

Las señoras GLORIA ELISA PAZ DE ORTEGA Y RUTH AMPARO ORTEGA PAZ, por conducto de apoderado, presentan la demanda visible al folio 130 y siguientes del Cuaderno Nro. 1, de cuya lectura se desprende que aspiran a una “ACUMULACION DE PRETENSIONES POR INSERCION”, invocando su calidad de cónyuge sobreviviente, la primera, y de hija legítima, la segunda.

Para resolver,

SE CONSIDERA:

En el Derecho Colombiano la figura del litisconsorcio facultativo encuentra su reglamentación en los artículos 50 y 82 del Código de Procedimiento Civil, el cual puede integrarse, como lo enseña el procesalista Dr. Hernán Fabio López, de dos maneras, a saber:

“I) En la demanda, bien acumulando varias pretensiones de diversos demandantes contra un demandado, tal como sucede cuando, por ejemplo, con ocasión de un accidente de tránsito en donde una persona choca con su auto a otros dos. Los perjudicados se unen y formulan una sola demanda, o bien cuando el demandante formula pretensiones en contra de varios demandados, tal como ocurriría, por ejemplo cuando dos o más personas en acciones independientes ocasionan perjuicios al demandado y se decide demandarlos dentro del mismo proceso en virtud de la comunidad de prueba que serviría para establecer su responsabilidad.

“Se observa en estas hipótesis cómo la integración del litisconsorcio facultativo obedece de manera exclusiva a la voluntad de quien va a demandar pues no es viable integrar el mismo, en ningún caso, por el querer de quien podría tener la calidad de demandado por no ser posible que un sujeto se presente para que se le tenga como demandado, en otros términos siempre surge el mismo del acto procesal de la demanda.

“II) A través de los fenómenos de la acumulación de procesos (C. de P.C. art. 157 y 541) o de acumulación de demandas (C. de P.C., arts. 540 y 556), por cuanto por medio de estos sistemas se logra idéntica finalidad de unir dentro de actuación única pretensiones que usualmente deberían ser objeto de tramitaciones separadas.

“Dado que no hallamos otra forma adecuada de integración del litisconsorcio facultativo o voluntario nos parece atinada la observación del profesor PARRA acerca de que nunca será posible, de acuerdo con la regulación del estatuto procesal civil colombiano, que dentro de un proceso de conocimiento que pueda “existir la acumulación de pretensiones por inserción”, dado que ella tan solo se previó en el caso de la acumulación de demandas dentro del proceso de ejecución, aspecto que, a no dudarlo, creemos es una falla grave del sistema y que debería propenderse para la correspondiente modificación a fin de permitir expresamente la posibilidad, a todas luces mucho más eficaz que el camino que debe seguirse, la acumulación de procesos, para obtener idéntico fin.

“Ciertamente piénsese en el evento tan usual del accidente de un avión donde diez de los damnificados presentan su demanda en contra de la empresa transportadora. Quienes en tal momento procesal no comparecieron como demandantes no podrán posteriormente presentarse al proceso y formular la demanda adicional debido a que tal posibilidad no la contempló el legislador.

Deben iniciar su proceso por separado y una vez notificada la demanda promover la acumulación de procesos obteniendo así por una vía más

dilatada lo que, de permitirse la acumulación por inserción en los procesos de conocimiento se obtendría con mayor rapidez y menor esfuerzo, de ahí lo útil de la reforma sugerida”.

A la luz de la filosofía jurídica que se deja expuesta, se impone concluir que las demandantes sólo pueden hacer valer sus pretensiones en proceso distinto al instaurado por la Señora DIGNA CONCEPCION LOPEZ CHAMORRO.

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

RESUELVE:

DENIEGASE la solicitud formulada por las Señoras Gloria Paz de Ortega y Ruth Amparo Ortega, por las razones dadas en los considerandos de este proveído.

NOTIFIQUESE.

Julio César Uribe Acosta.

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO—Régimen aplicable/ECOPETROL—Régimen aplicable

Los actos y los hechos de las empresas industriales y comerciales del Estado que se realicen y originen en las funciones que revisten ese mismo carácter, se rigen por las normas de derecho privado, y los conflictos que sobre ellos se susciten son justiciables por la jurisdicción ordinaria. De manera excepcional, su conocimiento se atribuye a la jurisdicción contencioso-administrativa, cuando sean el fruto del ejercicio de una función administrativa.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Santafé de Bogotá D.C., siete (7) de octubre de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Doctor Juan de Dios Montes Hernández.*

Referencia: Expediente No. 6591. Actor: Luis Alberto Rico Díaz.

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial del demandante en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Norte de Santander el 22 de diciembre de 1990, por medio de la cual decidió declararse “inhibido para un pronunciamiento de fondo POR FALTA DE LEGITIMACION DE LA CAUSA DEL ACTOR”.

ANTECEDENTES PROCESALES

1. LA DEMANDA. El 8 de junio de 1988, LUIS ALBERTO RICO DIAZ, mediante apoderado judicial constituido en debida forma, demandó a

la Empresa Colombiana de Petróleos buscando satisfacer las siguientes pretensiones:

“PRIMERA: La Empresa Colombiana de Petróleos, ECOPETROL, es administrativamente responsable de todos los daños y perjuicios causados a LUIS ALBERTO RICO DIAZ, en hechos ocurridos el día 14 de julio de 1986, en la finca denominada El Cilindro, ubicada en la Vereda El Tabiro, jurisdicción del municipio de San Cayetano (N. de S.), debido a la omisión culposa y falta de previsión al instalar al lado de la residencia y en predios de la finca ya reseñada, una válvula del Oleoducto Caño Limón -Río Zuluia- sic, sin tomar las medidas preventivas de seguridad, con mallas protectoras y vigilancia, con la consecuente exposición de riesgos y peligros en perjuicio de los bienes de propiedad del demandante y de su propia vida y la de su familia.

“SEGUNDA: Condénese a la Nación, EMPRESA COLOMBIANA DE PETROLEOS ‘ECOPETROL’ a pagar a Luis Alberto Rico Díaz, el valor de los daños causados con explosión, acaecida el día 14 de julio de 1986, de la válvula ubicada en la finca ya reseñada, y con la cual produjo los siguientes daños materiales:

“a) La destrucción total de dos casas construidas con paredes de bahareque, techos de zinc y eternit, pisos de cemento, un juego de ‘muebles de sala, un juego de comedor, utensilios de cocina, herramientas, una motobomba, una planta eléctrica con capacidad para 50 bombillos, dos máquinas de escribir, una máquina de coser, un escritorio para dibujo, 40 cajas de loza para enchapar, 50 kilos de alambre de púas, una máquina para cortar loza, una zizalla, repuestos y herramientas, cuatro camas en madera dobles, 40 bancos de mandera abarco, 80 doblentanlas de abarco y tolúa, aproximadamente unos 20 árboles frutales, cultivos de caña, una hectárea, plátano y yuca, dos hectáreas, en dinero efectivo la suma de \$710.000.00 pesos M/L., cuatro hectáreas de cerca de alambre de púas, una laguna artificial con pescado de varios tamaños, y variedad, bocachico, volador y sardinata, aproximadamente unos 600, ya que la laguna tiene 50 x 50 x 6 metros, una burra para dar cría, un tanque de cemento de 9.00 x 4.50 x 2.00, metros de manguera de dos pulgadas, y 200 metros de una pulgada, ropas y documentos personales’, todo lo anterior avaluado en la suma de OCHO MILLONES DE PESOS (\$8.000.000.00) M/L., valor estimado al momento de suceder los hechos.

“TERCERA: Condénese a la Nación, EMPRESA COLOMBIANA DE PETROLEOS ‘ECOPETROL’, a pagar por concepto de daños morales (*Pretium Doloris*), a Luis Alberto Rico Díaz, el valor equivalente a tres mil gramos oro, según cotización del Banco de la República.

“CUARTA: Si hubiere objeción al monto del valor estimado como daños materiales, éstos se tasarán —sic— por el Tribunal, equitativamente y por los medios legales, teniendo en cuenta en todo caso el —valos —sic— adquisitivo de la moneda — para la fecha de los hechos.

“QUINTA: La Nación, EMPRESA COLOMBIANA DE PETROLEOS ‘ECOPETROL’, dará cumplimiento de la sentencia dentro de los treinta días siguientes a su ejecutoria vencidos los cuales comenzará a correr intereses equivalentes a la tasa —sic— que cobren los bancos para el período que se deduzca por mora”. (fl. 13 — 14 C. 1).

La causa *petendi* se hizo consistir en estos hechos:

“Primero: La finca El Cilindro, ubicada en la vereda Taviro, —sic— del Municipio de San Cayetano, de propiedad de Luis Alberto Rico Díaz, fue utilizada en un trayecto aproximado de 200 metros lineales de largo por 10 de ancho, para la instalación del oleoducto CAÑO LIMON — RIO ZULIA.

“Segundo: En dicho trayecto y al frente donde se levantaba la vivienda, casa de habitación, fue instalada una válvula de bombeo sin que —sic— sobre la misma se hubiere construido protección alguna, con el fin de prevenir cualquier posible riesgo, teniendo en cuenta la proximidad de la vivienda y la integridad de las personas que la habitaban.

“Tercero: La omisión grave o falta de previsión por parte de la Empresa Colombiana de Petróleos, ECOPETROL, al instalar la válvula aludida en un paraje tan cerca de la vivienda de mi mandante, dio como resultado que el día 14 de julio de 1986, fecha en que fue dinamitada y explotada, destruyendo por completo la casa, y todos los muebles —sic— y enseres de la familia RICO DIAZ, y todos los demás bienes que se relacionan en las declaraciones extrajuicio que se allegan con esta demanda, y que se han relacionado en las declaraciones y condenas que se piden.

“Cuarto: La causa de la tragedia fue entonces la falta o falla en el servicio, consistente en la omisión culposa evidentemente grave en que incurrió La Nación, o EMPRESA COLOMBIANA DE PETROLEOS ‘ECOPETROL’ al construir la válvula explotada en un lugar tan inmediato a la vivienda, y además, no haber construido como prevención, por lo menos mallas protectora, teniendo en cuenta el alto riesgo y la proximidad de la vivienda, con las consecuencias ya anotadas en perjuicio de la familia RICO DIAZ.

“Quinto: El señor Luis Alberto Rico, aparte de los bienes que le fueron destruidos con la explosión, ha sufrido graves daños, ya que los mate-

riales y dineros que le fueron quemados le impidieron no sólo cumplir con compromisos adquiridos, sino que quedó sin equipo ni herramientas, y sin con qué adquirirlos.

“Sexto: Los daños y perjuicios tanto materiales como morales, sufridos por Luis Alberto Rico, su señora y sus hijos, están ligados causalmente en forma directa a la falta en el servicio de la Administración, consistente en la omisión culposa y falta de previsión, incurrida por la Empresa Colombiana de Petróleos ‘ECOPETROL’.” (fls. 14-15 C.1).

2. TRAMITE DE LA PRIMERA INSTANCIA: El Tribunal admitió la demanda (fl. 21) y notificó el auto de admisión a la Empresa demandada (fl. 21 vto.), la cual, constituyó apoderado especial y, por su intermedio, se vinculó al proceso; contestó la demanda, se pronunció sobre los hechos, solicitó se negaran las pretensiones y se condenará al actor al pago de las costas del proceso, propuso las excepciones de “inexistencia de la obligación” porque no existió nexo causal entre la actividad de Ecopetrol y los perjuicios reclamados, y la de “inexistencia del derecho alegado por el actor”; finalmente solicitó se decretaran y practicaran pruebas (fls. 23 a 26). El proceso se abrió a pruebas por treinta días (fl. 33): finalizado ese término alegaron de conclusión los apoderados de las partes.

El representante judicial del actor encuentra probados los presupuestos de la responsabilidad de la demandada y manifiesta que “No se requiere un mayor esfuerzo para entender que la falla o falta del servicio (no tomar medidas preventivas) por parte de la demandada es evidente y está plenamente probado, ya que no es sólo el hecho de no haber protegido desde un principio estos puntos vulnerables, sino el haber construido, en este caso específico la válvula a una distancia tan próxima a la vivienda del señor RICO DIAZ, pues es apenas lógico concluir que si la válvula hubiere estado a mayor distancia de la vivienda, aún si hubiera explotado, no hubiera causado los daños que causó, entendiéndose o concluyéndose que la falla fue doble, falta de protección a las válvulas y demasiado próxima a la vivienda”. (fl. 76 C. 1).

El apoderado de la Empresa demandada presenta estos argumentos:

1. El demandante carece de interés para promover la acción dado que no demostró la calidad de propietario del predio que invoca en la demanda.

2. La explosión fue causada por el E.L.N., circunstancia que constituye un hecho de terceros, eximente de la responsabilidad de su patrocinada.

3. “Las válvulas de seccionamiento no presentan peligro alguno por sí mismas”.

4. La demanda es confusa al indicar la persona demandada; tal confusión impide saber si las pretensiones se esgrimen contra ECOPETROL o contra la NACION. (fl. 78 a 81).

El Fiscal del Tribunal conceptúa —de acuerdo con la posición de la demandada— que el actor no acredita su legitimación en la causa para la proposición de las pretensiones intentadas, dado que la calidad de propietario se demuestra con "... la copia de la escritura de adquisición del inmueble acompañada con el certificado de libertad expedido por el registrador de instrumentos públicos" (fl. 86); este último no existe en el proceso.

3. EL FALLO IMPUGNADO. Se apoya en la tesis del Fiscal (fls. 89 a 101).

4. EL RECURSO DE APELACION. La inconformidad del recurrente, según lo expresa en su escrito de sustentación, consiste en que el Tribunal dejó de apreciar las pruebas que acreditan a su patrocinado como propietario y como poseedor del inmueble; tales pruebas son la escritura pública No. 3522 del 29 de diciembre de 1973, debidamente registrada y las "declaraciones extrajuicio recaudadas ante el Juzgado Promiscuo de San Cayetano". (fls. 106 a 109).

5. EL CONCEPTO FISCAL. No alegaron las partes en esta instancia; la Señora Fiscal Segunda de la Corporación estima que la Jurisdicción Contencioso Administrativa carece de competencia para resolver el asunto y que, por consiguiente, no es posible hacer un pronunciamiento de fondo. Su razonamiento está contenido en el siguiente texto:

"Consultadas las normas que rigen esa entidad, tenemos que el art. 2o. del Acuerdo No. 1 de 1969, por el cual se adoptan Estatutos, aprobado por el Decreto No. 0062 de 1970, establece: 'La Empresa Colombiana de Petróleos es una empresa industrial y comercial del Estado, vinculada al Ministerio de Minas y Petróleos, con personería jurídica, autonomía administrativa y dispositiva, y con patrimonio propio e independiente. En su organización interna y en sus relaciones con terceros, continuaría funcionando como una sociedad de naturaleza mercantil, dedicada al ejercicio de las actividades propias de la industria y el comercio del petróleo y sus afines, conforme a las reglas de derecho privado y a las normas contenidas en sus estatutos'.

"La Sección Tercera del Consejo de Estado en casos como el presente ha dicho:

"La conclusión no es nueva es esta jubilación —sic—. Aún desde la vigencia del decreto 528 de 1964, ese conocimiento era de la justicia citada, porque la contencioso administrativa solo conocía las contro-

versias de responsabilidad estatal contra los entes territoriales y los establecimientos públicos. Este principio fue reafirmado por la reforma de 1968, concretamente en sus decretos 1050 (artículo 6o.) y 3130 (artículo 31). Decretos que dada su especialidad, no fueron derogados en estos extremos por el decreto 01 de 1984, el que pese a hablar en sus artículos 131 y 132 (numerales 10) de las acciones de reparación directa contra las entidades descentralizadas de los distintos órdenes, se ha venido interpretando como no modificadorio de la legislación especial que gobernaba el régimen jurídico de los distintos entes descentralizados. Régimen que dispone que las Empresas Industriales o Comerciales del Estado están sometidas en cuanto a su actividad industrial o comercial al derecho privado y sólo por excepción, cuando cumplen funciones administrativas o públicas, al derecho público.

“Recientemente esta misma Sala tuvo oportunidad de reafirmar sus puntos de vista a ese respecto. Reafirmación que además encontró apoyo en sentencia de la Corte Suprema de marzo 29 de 1990.

“Sostuvo esta misma Sala en auto de julio 27 pasado, luego de transcribir la antecitada sentencia:

“Además de lo planteado por la Corte Suprema de Justicia, la Sala considera necesario efectuar algunas precisiones. La decisión del legislador al expedir en 1968 el régimen de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado (Decretos 1050 y 3130) no fue fortuito y reflejaba una clara decisión política en cuanto a la organización que debe tener de la administración pública. Su deseo, expresado nítidamente en el artículo 6o. del decreto 1050 y ratificado en el 31 del decreto 3130, fue el de los actos y hechos de tales empresas en desarrollo de sus actividades industriales y comerciales, estuviesen sujetos a las reglas del derecho privado por contraposición a los actos y hechos de otras entidades descentralizadas. Ambas disposiciones son claras en tal sentido, así como en su deseo de que lo anterior fuese la regla general, con las solas excepciones que consagra la ley, excepciones que por lo mismo habrán de estar claramente consignadas en ésta. Así las funciones administrativas que les sean atribuidas a las empresas industriales y comerciales del Estado, lo habrán de ser de manera específica, de tal manera que no quede duda en cuanto a la naturaleza de la función, así como en lo referente al alcance de la misma. Y solamente los actos y hechos que tales empresas realicen, en desarrollo de las funciones administrativas que les haya confiado la ley, serán administrativos y serán juzgados por la jurisdicción de lo contencioso administrativo’. (Sentencia octubre 26/90 — Expediente No. 6094 — Actor: WILFREDO MANUEL ROSARIO DIAZ. Consejero Ponente: Doctor CARLOS BETANCUR JARAMILLO).

“De lo anterior se concluye, que la jurisdicción contencioso administrativa no es competente para conocer del presente caso, pues de él debe conocer la justicia ordinaria. Esta falta de jurisdicción acarrea la nulidad de todo lo actuado en primera y segunda instancia”. (fls. 117 a 120 C. 1).

LA SALA CONSIDERA

La Sala confirmará el fallo impugnado acogiendo parcialmente las razones que aduce la Colaboradora Fiscal; la jurisdicción Contencioso Administrativa no es la indicada para desatar la *litis* planteada; este motivo impide a la Sala pronunciarse de fondo e impone una sentencia inhibitoria.

La Empresa Colombiana de Petróleos —Ecopetrol— es una empresa industrial y comercial del Estado, vinculada al Ministerio de Minas y Energía, encargada, entre otras cosas, de “Administrar, disponer, manejar y explotar los campos petroleros, oleoductos, refinerías, estaciones de abastecimientos, terminales, y en general de todos aquellos bienes muebles e inmuebles que el Estado adquiera por concepto de reversión de acuerdo con leyes y contratos sobre petróleo”; su naturaleza jurídica determina de un lado el régimen normativo que le es aplicable, y, de otro lado, la jurisdicción competente para resolver sus controversias.

Dispone el artículo 60. del Decreto Ley 1050 de 1968:

“De las empresas industriales y comerciales del Estado. Son organismos creados por la ley, o autorizados por esta, *que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas del derecho privado, salvo las excepciones que consagra la ley*, y que reúnen las siguientes características:

“a) Personería jurídica;

“b) Autonomía administrativa; y

“c) Capital independiente, constituido totalmente con bienes o fondos públicos comunes, los productos de ellos, o el rendimiento de impuestos, tasas o contribuciones de destinación especial”. (Subraya la Sala).

En el mismo sentido, y con mayor claridad para el caso planteado, prescribe el artículo 31 del Decreto-Ley 3130 del mismo año:

“De los actos de las empresas industriales y comerciales del Estado y de las sociedades de economía mixta. *Los actos y hechos que las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta realicen para el desarrollo de sus actividades industriales y comer-*

ciales, están sujetos a las reglas del derecho privado y a la jurisdicción ordinaria conforme a las normas de competencia sobre la materia. Aquellos que realicen para el cumplimiento de las funciones administrativas que les haya confiado la ley, son actos administrativos". (de nuevo subraya la Sala).

Los textos legales transcritos permiten trazar esta regla general: Los actos y los hechos de las empresas industriales y comerciales del Estado que se realicen u originen en las funciones que revisten ese mismo carácter, se rigen por las normas de derecho privado, y los conflictos que sobre ellos se susciten son justiciables por la jurisdicción ordinaria. De manera excepcional, su conocimiento se atribuye a la jurisdicción Contencioso Administrativa, cuando sean el fruto del ejercicio de una función administrativa.

Este régimen jurídico no es caprichoso; se origina en el proceso de transformación que se viene dando en la concepción del Estado contemporáneo, por virtud del cual los fundamentos basilares del Estado liberal clásico han ido desapareciendo para ser reemplazados por la asunción, por parte del Estado, de responsabilidades en el proceso de acumulación de capital para llenar espacios no cubiertos por la iniciativa privada bien por debilidad o por falta de voluntad. Este fenómeno empieza a aparecer en nuestro régimen constitucional y administrativo a partir de 1936 y ha continuado su desarrollo hasta hoy cuando no cabe duda de que la administración asume funciones en el campo industrial y comercial, por medio —fundamentalmente— de las empresas industriales y comerciales del Estado y de las sociedades de economía mixta.

En este campo así descrito, la voluntad del constituyente y del legislador ha sido la de que el Estado, a través de dichas entidades, participe en la actividad económica en igualdad de condiciones con la iniciativa privada; de allí que las reglas del juego sean las mismas que rigen a los industriales y a los comerciantes y que la Administración Pública, cuando se acoge a ellas, esté en la obligación —más allá de su observancia— a garantizar el libre ejercicio de la actividad empresarial (artículo 32 de la anterior Constitución Política y 333 de la nueva).

Dentro de este marco conceptual debe inscribirse la actividad de la Empresa Colombiana de Petróleos, dada su naturaleza jurídica antes descrita, circunstancia que otorga razón a nuestra Colaboradora Fiscal para la decisión del asunto en examen. Son, pues, válidos y aplicables los antecedentes jurisprudenciales por ella citados, por cuanto los hechos que sirven de fundamento a las pretensiones del actor son el desarrollo de la explotación de un servicio que es propio de la entidad demandada, es decir de aquél del cual deriva su naturaleza industrial y comercial.

En consecuencia, esta jurisdicción no tiene competencia para desatar el conflicto y el fallo deberá ser inhibitorio.

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:

Por las razones expuestas en esta providencia, SE CONFIRMA el fallo 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 tres (3) de octubre de mil novecientos noventa y uno (1991).

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

PLIEGO DE CONDICIONES—Naturaleza/TEORIA DE LOS FINES Y MOTIVOS/CONTENCIOSO OBJETIVO PROPIO/CONTENCIOSO OBJETIVO IMPROPIO

Cuando la acción se dirige en contra de un acto de contenido general, no existe duda de la procedencia del contencioso objetivo propio; en cambio si el acto acusado tiene un contenido particular se deberá obrar con cautela, porque so pretexto de restablecer el orden jurídico se puede pretender el restablecimiento de un derecho individual. El pliego de condiciones de una licitación pública es un acto administrativo que reviste carácter general y no de carácter particular y concreto y, por lo mismo, cualquier ciudadano está legalmente habilitado para cuestionar jurisdiccionalmente este acto.

ACTO SEPARABLE/ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

No es cierto que, después de la expedición y vigencia del Decreto 2304/89, los actos separables de los contratos se puedan cuestionar por medio de las llamadas controversias contractuales. El control de dichos actos se efectúa mediante las acciones de nulidad y de restablecimiento, siempre y cuando su impugnación no incida en el contrato mismo.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Santafé de Bogotá, D.C., diez (10) de octubre de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Doctor Juan de Dios Montes Hernández.*

Referencia: Expediente No. 6802. Actor: Fernando Sarmiento Cifuentes.

Contra el auto del 10. de agosto de 1991 interpusieron sendos recursos de reposición, el Instituto Nacional de Radio y Televisión —INRAVISION—; la Señora Fiscal Segundo de la Corporación; el ciudadano CARLOS BERNARDO CARREÑO RAMIREZ; y los ciudadanos JULIO A. ROBERTO NIETO y RICARDO H. MONROY CHURCH, según el orden de presentación de los mismos.

Frente a la providencia recurrida esgrimen los siguientes argumentos:

I.— INRAVISION, por medio de apoderado especial, cuestiona en primer lugar, la decisión de admitir la demanda (cuya revocatoria conlleva, de suyo, la de la suspensión provisional); y, en segundo, la suspensión provisional considerada de manera independiente.

a) En relación con el primero de estos temas sostiene que, conforme a la jurisprudencia, "... no es la generalidad o particularidad del acto lo que determina si la acción procedente es la de nulidad ..." sino "... la finalidad que se busca con su ejercicio, finalidad que se evidencia, por ligamen necesario, con el resultado: ... el restablecimiento de la legalidad objetiva", o "... el restablecimiento de la legalidad subjetiva".

Para completar esta premisa, sostiene que "... a fin de evitar fingimientos procesales, la jurisprudencia ha visto en el ejercicio de acciones de nulidad con resultados de naturaleza subjetiva, una cierta forma de fraude al proceso, y un modo encubierto de burlar los términos de caducidad, y por tanto se ha opuesto a su ejercicio". (fl. 136)

Con este marco conceptual analiza el acto cuya censura originó la providencia que impugna, del cual estima que "... no crea una situación impersonal, indeterminada a un número plural de personas, como lo dice el auto que respetuosamente recurre, sino, por el contrario, crea a los aludidos inscritos y potenciales proponentes, una situación jurídica individual, concreta y subjetiva, en virtud de la cual no pueden ejercer un derecho que les da la ley, el cual les resulta individual y particularmente cercenado, supuesto que fuera cierta la presentación de la cuestión hecha por el distinguido abogado demandante". (fl. 136), porque "... quienes pueden resultar afectados con la disposición acusada es un grupo determinado y concreto de personas, o sea que la decisión del Pliego acusada desconoce en concreto a cada uno de ellos la posibilidad de ser adjudicatarios de espacios de informativos noticieros y de informativos de opinión, puesto que sólo son los inscritos en el registro de proponentes quienes pueden tener ese derecho". (fl. 136).

Este razonamiento lo conduce a estimar equivocada la admisión de la demanda por cuanto "... el actor carece de *legitimatío ad causam* y de *legitimatío ad procesum* para ..." proponer la acción de nulidad, "ya que la acción sólo está abierta a quienes han resultado presuntamente lesionados

SECCION TERCERA

por el aparte acusado del Pliego de Condiciones, y no los terceros ajenos al derecho de proponer en el contexto de la Licitación Pública No. 01 de 1991.

“En efecto, el actor no aparece inscrito en el elenco de quienes están habilitados y autorizados para presentar propuestas en esa Licitación, y siéndole ajeno a él el derecho supuestamente conculcado, ajena le es también la posibilidad de ejercitar la acción, cuyo resultado inmediato, de prosperar el *petitum*, sería el restablecimiento del derecho de los inscritos —sic— a formular propuestas y eventualmente ser adjudicatarios, de los afectados por la parte acusada del Pliego de Cargos. O sea que, sin ejercitar la acción, los afectados con el acto administrativo se verían beneficiados con el fallo con los efectos propios de una acción de nulidad con restablecimiento del derecho intentada por otra persona, sin poder para ello y sin titularidad para el ejercicio de la misma acción”. (fl. 137 a 138).

En apoyo de su verdad, anexa una certificación expedida por el Secretario General de INRAVISION, según el cual, “... el 20 de mayo de 1991 a las 14:00 horas, se encontraban inscritas en el registro de Empresas Concesionarias de Espacios de Televisión:

1. A.M.D. TELEVISION LTDA.
2. CARACOL TELEVISION S.A.
3. CENPRO
4. CIA. DE MEDIOS DE INFORMACION LTDA. — CMI.
5. CIA. PRODUCTORA DE TELEVISION LTDA. — CPT
6. CIA. PRODUCTORA DE VIDEO S.A. — PROVIDEO S.A.
7. CIA. UNIVERSAL DE TELEVISION LTDA.
8. COESTRELLAS S.A.
9. COLOMBIANA DE TELEVISION S.A.
10. CORPORACION LUMEN 2000 COLOMBIA
11. CRIPTON S.A.
12. CROMAVISION LTDA.
13. DATOS Y MENSAJES S.A.
14. DIEGO FERNANDO LONDOÑO REYES
15. GERMAN GARCIA Y GARCIA
16. GLOBO TELEVISION LTDA.
17. INTERVISION LTDA.
18. JORGE BARON TELEVISION LTDA.
19. MARIA VICTORIA TORRES OROZCO
20. N.T.C. NACIONAL DE TV. Y COMUNICACIONES LTDA.

21. NOTICIERO VEINTICUATRO (24) HORAS S.A.
 22. PREGO TELEVISION LTDA.
 23. PRODUCCIONES CINEVISION LTDA. C.V.
 24. PRODUCCIONES DO RE CREATIVA S.A.
 25. PRODUCCIONES JES LTDA.
 26. PRODUCCIONES PUNCH S.A.
 27. PRODUCCIONES TEVECINE S.A.
 28. PROGRAMADORES ASOCIADOS LTDA.
 29. PROGRAMAR TELEVISION S.A.
 30. PROYECTAMOS TELEVISION LTDA.
 31. RADIO CADENA NACIONAL S.A. – R.C.N. TELEVISION
 32. RADIO TELEVISION INTERAMERICANA S.A. – R.T.I.
 33. SALIM ANTONIO SEFAIR LOPEZ
 34. TELESTUDIO LTDA.
 35. TELEVIDEO LTDA.
 36. TV. 13 LTDA.”
- (fls. 131 y 132).

b) Para impugnar la suspensión provisional sostiene que la contradicción entre el texto legal y el pliego de condiciones es aparente, pues “..., en el fondo, el Pliego de condiciones, en el aparte acusado, respeta, no sólo la ley, sino el Decreto Reglamentario 1266 de 1991, que desarrolla sus principios, fines y términos y, además se ajusta a los principios superiores de orden constitucional, legal, y reglamentario que rigen lo concerniente a la licitación pública para la concesión de espacios de televisión, en especial, y en general, el procedimiento de licitación previsto en la mayoría de los casos y contratos”. (fls. 143 a 144).

Para demostrar su aseveración acude a estos argumentos:

1) La comparación entre un acto administrativo y una disposición legal superior, “debe abarcar todo el conjunto del texto legal comparado, interpretado en su integridad y en forma sistemática” y no hacer el cotejo con un artículo aislado de la ley.

2) La ley 14 de 1991, en consonancia con la nueva Constitución Política, establece una serie de principios orientadores de “... la actividad del servicio”, de “... los desarrollos normativos que se dicten ...” y de los actos administrativos emanados de las autoridades que ... tienen a su cargo la dirección y ejecución de las políticas de televisión”.

3) Entre los indicados principios, destaca el recurrente los siguientes:

— El consagrado en la parte final del artículo 1o. de la Ley 14 de 1991, con este texto: *"SU EXPLOTACION SE PODRA CONTRATAR EN FORMA TEMPORAL CON PERSONAS NATURALES O JURIDICAS, DENTRO DE LOS PRINCIPIOS Y OBJETIVOS DE LA PRESENTE LEY"*. (fl. 146).

— El inciso 3o. del citado artículo —(parece que el recurrente se refiere al artículo 3o. de la Ley)— consagra el principio, de la libertad de expresión, en virtud del cual "(...) se impedirá la *concentración del poder informativo* así como las prácticas monopolistas que tiendan a eliminar la competencia y la igualdad de oportunidades entre todas las empresas que prestan los servicios de comunicación social". (fl. 146).

— El principio de pluralidad de la información, en virtud del cual, "se garantiza el derecho de los ciudadanos a obtener información proveniente de *diversas fuentes* sobre diversos temas y aspectos y suministrada por distintos informadores". (fl. 146).

— "El artículo 2o. de la Ley asigna al servicio de televisión las finalidades de formar, informar y recrear para contribuir al desarrollo integral del ser humano y a la consolidación de la democracia, la cohesión social, la paz interior y exterior y la cooperación internacional; en esa perspectiva se inscribe la pluralidad de información que busca educar en la tolerancia a los ciudadanos, y darles fuentes variadas y controvertidas de opinión". (fl. 146).

4) Estas razones lo conducen a deducir que "el derecho a explotar mediante contratos de concesión el servicio de televisión, es un derecho restringido y que quienes resulten beneficiarios de los contratos deben serlo en condiciones que no engendren concentración del poder de información, prácticas monopolistas o impliquen menoscabo del derecho de los ciudadanos a recibir información, proveniente de diversas fuentes (art. 3o. inc. final).

"Es a la luz de la prevalencia de estos principios y finalidades del servicio como es necesario examinar los actos administrativos que regulan la contratación mediante concesión de los espacios de televisión, y no únicamente, como lo ha indicado el actor, bajo el aspecto de un solo texto determinado sin relacionarlo con el conjunto restante de disposiciones de valor prevaleciente, como lo ordena la parte final del art. 1o. de la misma Ley que el actor señala como quebrantada.

"El párrafo del artículo 38 de la Ley, citado por el actor como norma vulnerada por el Pliego de la Licitación, establece que "las empresas *concesionarias* de espacios para la programación de noticieros no podrán serlo de espacios para otra clase de programas, excepto informativos y de opinión, y no les será aplicado el porcentaje mínimo señalado *en este artículo*"

(Subrayado nuestro). El artículo, del cual el párrafo transcrito es parte integrante, establece los porcentajes máximos y mínimos adjudicables a cada concesionario.

“De otra parte el Decreto 1266 de 1991, “por el cual se reglamenta la Ley 14 de 1991, y se dictan otras disposiciones”, norma no citada por el actor y no tenida en cuenta por el H. Consejo de Estado, en su artículo 6o. desarrolla los dos principios rectores referidos a la pluralidad de la información consagrados por la Ley en su artículo 3o.

“De conformidad con el artículo 3o. de la Ley 14 de 1991, al asignar los espacios para programas de carácter administrativo, modalidad de opinión, el Consejo Nacional de Televisión *procurará* adjudicarlos a proponentes distintos de informativo noticieros” (Subrayado nuestro).

“Por su parte el Consejo Nacional de Televisión, al elaborar el Pliego de la licitación, atendió el mandato del precitado decreto y dispuso, en desarrollo del mismo, como *uno de los criterios de adjudicación* ‘que los programas de carácter informativo, modalidad opinión, se adjudicarán a los proponentes distintos de informativo noticiero’. El Consejo Nacional de Televisión se ciñó en forma estricta a lo dispuesto por el artículo 6o. del Decreto 1266 de 1991, el cual, a su vez, se limitó a desarrollar dos de los principios rectores del servicio de televisión consagrados por la Ley 14. Así las cosas el Consejo Nacional de Televisión no obró en forma discrecional, actuación esta que ofende los postulados de la actuación administrativa en un Estado de Derecho.

“En efecto, el Diccionario de la Real Academia de la Lengua define así el verbo procurar: “Hacer diligencias o esfuerzos para conseguir lo que se desea”.

“El Legislador desea que no exista concentración del poder informativo y que se garantice la pluralidad de las fuentes de información. El ejecutivo, en ejercicio de la potestad reglamentaria, desarrolló ese deseo legal y, finalmente, el Consejo Nacional de Televisión, ciñéndose a los reglamentos superiores, adelantó todas las gestiones y esfuerzos para conseguir lo deseado, a través del texto del pliego de condiciones, en el capítulo relativo a los criterios de adjudicación.

“El régimen de concesión de espacios de televisión está comprendido por lo que dispone la Ley 14 de 1991, ya que “los contratos se sujetarán en lo pertinente a las disposiciones de la contratación administrativa” (art. 37, Ley 14 de 1991), o sea el Decreto Ley 222 de 1983 y normas concordantes y complementarias”. (fls. 147 a 149).

5) —“Al disponer el Pliego de Condiciones que los programas de opinión se adjudicarán a proponentes distintos de informativos noticieros, no

prohíbe que los concesionarios de espacios de noticieros presenten propuestas para obtener adjudicación de espacios de opinión; pero como se trata en la hipótesis legal de concesionarios, o sea de quienes ya no son meramente proponentes, sino que tengan el estatuto de contratista concesionario, dicha previsión interpreta el criterio más amplio y general de la legislación en la materia, no sólo en cuanto a esos aspectos, sino especialmente en lo concerniente a la previsión del artículo 33 del D.L. 222 de 1983, aplicable a este caso por expresa previsión del art. 37 de la Ley 14 de 1991, disposición aquella, según la cual, en materia de licitaciones “Se tendrá en cuenta, asimismo, la protección al trabajo y a la industria nacionales en los términos de este estatuto y la *distribución equitativa de los contratos suscritos que se estén tramitando o ejecutando en la entidad licitante*”, distribución equitativa que significa que no puede adjudicarse el derecho a contratar con la misma persona o concesionario, sino, por el contrario de distribuir entre quienes no lo son el privilegio de explotar el servicio, privilegio que no es poco.

“Al disponer el pliego lo que se ha transcrito, ajustó su preceptiva a una concepción democrática del reparto de los espacios de televisión, consagrada en la letra de los artículos 1o., 3o., y 37 del Estatuto de la Televisión, y en las disposiciones citadas del decreto ley 222 de 1983.

“Si aparentemente el texto acusado puede ofrecer la impresión de que viola el texto del artículo 38 de la Ley 14 de 1991, en su Parágrafo, un examen detenido muestra, en una primera aproximación, que él se ajusta a las restantes disposiciones de la ley y de la constitución política, pues ésta en su artículo 75 consagra el derecho a la información, y los derechos a contratar mediante concesión de espacios de televisión, están subordinados al pluralismo informativo, la libertad de expresión y es incompatible con las prácticas monopolísticas en el uso del espectro electromagnético.

“Pero es que, adicionalmente, mirado más detenidamente el texto del artículo 38 y desentrañando el alcance de lo que prevé el Parágrafo, se ve que en ninguna forma el aparte del Pliego de Condiciones lo infringe.

“En primer término debe precisarse que concesionario es la persona que disfruta de una concesión y que, dado que el parágrafo cuyo texto se afirma fue violado sólo puede referirse a quienes alude el artículo 38, que son personas distintas de quienes han venido hasta ahora disfrutando de las concesiones de espacios de televisión.

“Ello es así, pues los últimamente aludidos no estuvieron regidos ni por el artículo 38 de la citada Ley 14 ni por los límites máximos y mínimos que el inciso primero de ese precepto señala.

“Y como el parágrafo es una excepción a esos límites, síguese que los sujetos de la excepción son quienes adquieran, bajo la nueva ley y la licita-

ción que a su amparo se realice el carácter de concesionarios y no los que no tienen esa condición.

“Por tanto, quienes tienen la posibilidad de presentar tanto propuestas de programas informativos noticieros, como informativos opinión, son solo aquellos concesionarios que adquieran dicha calidad bajo la vigencia de la Ley 14 de 1991.

“Dado que el Pliego de la licitación 01 de 1991, al establecer que los espacios de opinión no podrán ser adjudicados a quienes sean concesionarios de espacios de noticieros, forzosamente se refiere a personas no amparadas por el derecho aludido en el artículo 38 citado de la Ley 14 de 1991 y por tanto, si infracción hubiere, no sería al derecho consagrado en ella.

“Obsérvese que, antes de la culminación de la licitación 01 de 1991 no existen concesionarios de informativo noticieros en virtud de la Ley 14 de 1991”. (fls. 150 a 152).

6) – “La norma reglamentaria respalda el valor legal del Pliego y este tiene en ella su soporte; decidir de la legalidad de la parte acusada del Pliego sin confrontarlo con el Decreto Reglamentario que se supone ajustado a la ley, no es técnicamente posible, pues el fundamento inmediato del Pliego es el Decreto Reglamentario, por lo cual no puede establecerse la ilegalidad manifiesta del acto acusado, sin verificar la medición comparativa con la norma intermedia; de esto surge, que si hubiere violación de la ley sería indirecta, en cuyo caso tampoco procede la suspensión provisional.

“Sólo si el Decreto Reglamentario fuere ilegal, lo que no se ha demostrado, podría eventualmente predicarse, con carácter ostensible, la ilegalidad de la norma acusada”. (fls. 154 a 155).

II.— Con una lógica similar la Colaboradora Fiscal protesta la suspensión provisional, porque la parte del pliego de condiciones que fue objeto de la medida guarda perfecta concordancia con el artículo 3o. de la Ley 14 de 1991, en virtud del cual se consagran, “los principios de imparcialidad, libertad de expresión, preeminencia del interés público sobre el privado, pluralidad de información y el carácter de función social que deben tener los medios de comunicación”.

Sobre esta base concluye que “..., resulta un tanto precipitado considerarlo ilegal en el auto con que se inicia el proceso” y recuerda que “Ha sido criterio generalizado de la Sección Tercera del Consejo de Estado obrar con cautela y prudencia en materia de suspensión provisional y ha pregonado siempre la necesidad de dejar para una decisión posterior, más mesurada, lo relativo al tema, sobre todo cuando existen, como en este caso, circuns-

SECCION TERCERA

tancias que ameritan un análisis más profundo que solamente se puede hacer en una sentencia". (fl. 160).

Finalmente arguye que "El Pliego de Condiciones ... se ajustó al Decreto Reglamentario, al señalar los criterios de evaluación y adjudicación de los contratos", para lo cual señala que "El artículo 6o. del Decreto 1266 de 17 de mayo de 1991, reglamentario de la Ley 14 de 1991, en desarrollo del artículo 3o. de esa ley, establece que al asignarse los espacios para programas informativos en la modalidad de opinión, se procurará a proponentes distintos de noticiero.

"El decreto reglamentario sigue las pautas que le da la ley, y en procura de evitar la concentración del poder informativo reitera los principios generales que inspiraron el servicio público de televisión". (fl. 160 a 161).

III.— CARLOS BERNARDO CARREÑO R., recurre, inicialmente, la totalidad del auto, con las razones siguientes:

a) "*No se acusó el Acto Jurídico Completo*". —Porque el pliego de condiciones "debe *elaborarse* por la entidad interesada (DECRETO Ley 222/83, artículo 30, num. 2). Pero adicionalmente, en el caso de las licitaciones de espacios de televisión, ese acto debe ser adoptado por el Consejo Nacional de Televisión de INRAVISION (Ley 14 de 1991, artículo 14 literal k).

"Así los pliegos de condiciones de las licitaciones de espacios de televisión no tienen fuerza jurídica hasta que no se adopten por el Consejo de Televisión.

"La demanda contra el Pliego de la Licitación 01 de 1991 de INRAVISION ha debido dirigirse por consiguiente, contra el Pliego y su acto aprobatorio, sin el cual carece de eficacia jurídica. En efecto, de acuerdo con el artículo 138 del C.C.A. (modificado por DL 2304/89, artículo 24), 'cuando se demande la nulidad del acto se le debe individualizar con toda precisión'.

"De tal manera, la demanda debe inadmitirse de acuerdo con el inciso 1 del artículo 143 del C.C.A. (DL 2304/89, art. 26)". (fls. 163)

b) A la demanda no se acompañó la constancia de la publicación del acto, ni se expresó que no se había publicado, conducta que transgrede el artículo 138 del C.C.A. e impone la inadmisión de la demanda.

c) Las modificaciones introducidas por el decreto 2304 del C.C.A., "impiden la admisión de la demanda"; "En efecto, el artículo 17 de dicho Decreto modificó el artículo 87 del C.C.A., que consagra las acciones relativas a contratos, suprimiendo su inciso final que disponía que 'los actos sepa-

rables del contrato serán controlables por medio de las otras acciones previstas en este código’.

“Derogada la disposición que permitía demandar los actos separables por medio de otras acciones, estos actos solo pueden atacarse por medio de las acciones contractuales. Y estas sólo pueden interponerse por las partes del contrato, sus causahabientes, el Ministerio Público o un tercero ‘que acredite interés directo en el contrato’”. (fl. 164 a 165).

“El actor esgrime la simple calidad de ciudadano, y, por lo tanto, no está legitimado para interponer la acción”.

d) De acuerdo con la Jurisprudencia, “... la acción de nulidad no cabe si mediante su ejercicio se logra el restablecimiento del derecho; en tal caso, debe interponerse la acción de nulidad y restablecimiento.

“¿Cuál la consecuencia de anular la anotación del Pliego de Condiciones de INRAVISION, según la cual se adjudicarán los programas informativo-opinión a personas distintas de los proponentes de Noticiero?”

“Pues que estos programas pueden adjudicarse a estos proponentes. Tal nulidad tiene esa consecuencia, que sería un restablecimiento de su derecho.

“La acción de simple nulidad, pues, no cabe; ha debido interponerse la de nulidad y restablecimiento (particularmente, la contractual como se demostró).

“Para interponer la acción de restablecimiento, el actor, aun cuando está dentro del término, no tiene legitimación: ni para la contractual ni para la otra general de restablecimiento, pues carece de interés jurídico”. (fl. 165).

e) El pliego de condiciones no es un acto general; “En efecto, esta ley (la 14 de 1991) dispone que el contrato de concesión de espacios de televisión debe celebrarse mediante licitación pública (art. 39), que se adjudica con base, entre otros, en los aspectos evaluados en un registro de concesionarios (numeral 4, ibíd). Cuando INRAVISION convoca a los interesados a presentar sus ofertas, se ha cumplido un paso previo: la obligatoria inscripción en el registro, que determina y circunscribe a los participantes. Así, sólo las personas inscritas en ese registro, conocidas e identificadas con nombre, número de identidad, direcciones, estructura operativa, financiera y técnica —aún cuando sean muchas y en este caso no lo son—, pueden intervenir en la licitación.

“Es decir, la ley exige que, con los procedimientos de una licitación pública, sólo se invite a unas determinadas personas, que están inscritas y calificadas en un registro que lleva INRAVISION.

SECCION TERCERA

“El Pliego de Condiciones de la Licitación de INRAVISION, no tiene pues ese carácter general e indeterminado que el H. Consejo predica de los pliegos de condiciones”. (fl. 166).

Supletoriamente, pide se revoque la suspensión provisional por cuanto estima que no existe contradicción entre el texto suspendido de los pliegos de condiciones y la ley; o, de existir esa oposición, no es manifiesta; razón que excluye la medida cautelar. Explica así su pensamiento:

“a) La ley permite que los concesionarios de noticieros sean concesionarios de informativos y de opinión. Pero no obliga a que lo sean.

“INRAVISION, válidamente, consideró conveniente que no lo fueran.

“b) La decisión de INRAVISION se refiere a unos espacios específicos señalados por la Licitación 01 de 1991. No comprende todos los espacios ni mucho menos, toda la televisión que administra la entidad.

“Para esos particulares espacios, INRAVISION consideró conveniente no dar programas de opinión a quienes daba noticiero (movido posiblemente por el inciso final del artículo 3 de la Ley 14/91). Para otros espacios, que los hay en abundancia, INRAVISION puede considerar lo contrario.

“Es decir, no se prohibió que los concesionarios de noticieros lo fueran de informativos de opinión; se dijo que en esos espacios no lo serían.

“c) El Decreto 1266 de 1991 (norma de alcance nacional), dice que el Consejo Nacional de Televisión debe procurar adjudicar los informativos de opinión a quienes no propongan noticiero (artículo 6).

“El Pliego de Condiciones de la Licitación 01 de 1991, en su aparte demandado no hace sino obedecer tal mandato.

“d) La Ley 14 de 1991 dice que *los concesionarios* de noticieros no pueden serlo de otros espacios, excepto informativos y de opinión.

“El Pliego demandado dice que *los proponentes* de noticiero no recibirán los espacios de opinión previstos en este pliego.

“Para tener derecho a espacios de opinión u otros informativos, la persona debe ser concesionario de noticieros. Solo al serlo, podrá optar por otros espacios informativos. ¿Cuándo? En otra licitación, por contratación directa o por los diversos procedimientos previstos por la Ley 42 de 1985 y la Ley 14 de 1991.

“e) De acuerdo con el Decreto 916 de 1991 (norma de alcance nacional), los programas de *carácter* Informativo pueden tener *modalidad* noticiero, boletín o de opinión.

“El Pliego acusado dice que los programas de opinión se darán a proponentes que no aspiren a noticiero.

“Pero estos pueden serlo de boletines.

“De hecho, estos proponentes, una vez sean concesionarios, los presentarán así como presentarán programas Informativo Opinión, pues a ello los autoriza —sin mediar autorización previa— el Decreto 916/91, artículo 5.

“f) Los *espacios* de televisión son un receptáculo vacío (un ‘local’), en que se presentan *programas*. El programa es un noticiero, un boletín, un programa de opinión, una telenovela.

“El Pliego dice que los espacios originalmente previstos para programas de opinión se darán a quienes no propongan noticiero.

“Pero una vez adjudicado el espacio, los concesionarios podrán presentar el programa inicialmente previsto u otro, según las reglas legales y reglamentarias (Ley 14/91, art. 14, o; Decreto 916/91, art. 5).

“Lo único que les está vedado por la ley es presentar programas no Informativos. Esto no lo impide el pliego”. (fls. 166 a 168).

IV.— JULIO ROBERTO NIETO Y RICARDO H. MONROY CHURCH solicitan se les reconozca como parte impugnante de las pretensiones del actor y recurren tanto la admisión de la demanda como la suspensión provisional del acto.

Para lo primero, se valen de esta lógica:

a) El actor no está legitimado para ejercer la acción intentada, pues, “no está inscrito en el registro de proponentes y tampoco actúa como mandatario judicial de quienes sí lo están”; en otros términos, “la acción que se ha debido intentar era otra y consecuentemente, el actor ha debido acreditar un interés directo y su legitimación en causa (por activa) para promover el presente proceso”.

Desprenden la anterior conclusión de las limitaciones que la administración y la ley imponen al principio de la libre concurrencia en el procedimiento licitatorio; citan en su apoyo a “André De Laubadère, Venezia y Devolvé”, y a “García de Enterría y de Fernández” para señalar que el “Derecho Colombiano (admite) la existencia de excepciones al principio de

libre concurrencia mediante la presencia de elementos calificadorios, que abarcan no solo la solvencia moral y financiera, sino incluso la capacidad técnica y administrativa, para los proponentes — que en el caso estudiado debieron además desembolsar sumas representativas de dinero, para hacerse al pliego de condiciones, que indefectiblemente este acto no se dirige a un número indeterminado de personas, sino al universo determinable y determinado de postulantes que no solo adquieren el pliego, sino que se sometieron y sobre todo superaron el criterio de calificación que la Administración impuso.

“Lo expuesto resulta de una meridiana claridad, según habrá de apreciarse a continuación: En primer término los incisos 1 y 2 del artículo 44 del Decreto Ley 222 de 1983, dispone: ‘En los casos especiales que dispongan los respectivos reglamentos, no se podrá licitar, adjudicar o celebrar contratos con personas naturales o jurídicas que no se hallaren debidamente inscritas, calificadas y clasificadas en el registro correspondiente. La inscripción deberá hacerse con anterioridad a la apertura de la licitación o concurso o a la celebración del contrato, según el caso’.

“Además, el literal h) del artículo 13 de la ley 42 de 1985, indica que corresponde al Consejo Nacional de Televisión: ‘reglamentar el procedimiento de precalificación de Empresas concesionarias de Espacios de Televisión, a fin de que su desempeño y experiencia, sean adecuadamente evaluadas al momento de realizar nuevas adjudicaciones’.

“De otro lado, el literal j) del artículo 14 de la Ley 14 de 1991, establece como función del Consejo Nacional de Televisión ‘Reglamentar el registro de Empresas Concesionarias de Espacios de Televisión, tomando en cuenta cuando menos, los siguientes aspectos: La capacidad financiera, la capacidad técnica, la experiencia y el nivel profesional, la capacidad operativa y el cumplimiento de normas y disposiciones contractuales anteriores’.

“Con fundamento en las disposiciones anteriores, el Consejo Nacional de Televisión, expidió la Resolución No. 01 del 21 de abril de 1989, mediante la cual reglamentó justamente el Registro de Empresas Concesionarias de Televisión. En consonancia con esta disposición, a través de la Resolución No. 001773 del 24 de abril de 1989, el Director Ejecutivo de Inravisión, estableció la oportunidad en que podía hacerse la presentación de la solicitud de inscripción en el Registro de Empresas Concesionarias de espacios de Televisión.

“De manera pues, que sólo a quienes se encuentren inscritos para la fecha de apertura del proceso licitatorio, afectan las reglas o requisitos de adjudicación previstos en el pliego de condiciones expedido por el Consejo Nacional de Televisión; por lo que se puede afirmar que el dicho acto preparatorio del proceso de contratación no detiene el carácter de acto general

que le atribuye el demandante y que el proveído recurrido acepta, al asumir por falta de información no suministrada en la demanda, que el pliego de condiciones creó ‘situaciones jurídicas’, a un número indeterminado de personas, cuando en realidad y conforme a la prueba adjunta, el número —sic— proponentes eventuales esta determinado y en tal virtud a cada uno de ellos y sólo a cada uno, afecta el texto acusado, pues no son los solos a quienes puede cobijar la restricción que el pliego establece, en armonía con la Ley”. (fls. 173 a 174).

A la suspensión provisional oponen el argumento de que no existe contradicción entre la norma acusada y el texto legal, o que, al menos, la contradicción no es ostensible. Los recurrentes reflexionan así:

“La ley otorga a los Concesionarios de espacios la posibilidad de que sean también concesionarios de informativos de opinión.

“Tales concesionarios serán los que resulten de la adjudicación de espacios bajo la vigencia de la ley 14 de 1991, pues ellos hacen parte del grupo de nuevos concesionarios a quienes se les aplican un mínimo y un máximo de las horas adjudicables, justamente para exceptuarlos de tales restricciones, pero, en todo caso, no son los concesionarios anteriores a la expedición de la Ley.

“Como ocurre que los primeros concesionarios de espacios de televisión bajo la vigencia de ley 14 de 1991 serán los que resulten de la licitación 01 de 1991, síguese que los concesionarios que los pliegos de esa licitación a los cuales puedan referirse, no son los que ampara la ley 14 de 1991.

“Así las cosas, si los pliegos cercenaren derechos de concesionarios, esos no son en todo caso los que regula la ley citada y por lo mismo, el pliego no puede infringir la ley, pues los destinatarios de esa norma, son otros diferentes de los que pueda comprender el pliego.

“Como ya se indicó, tal situación se deriva de la circunstancia de tener la ley 14 de 1991, apenas su primera aplicación.

“Establecer si el pliego desconoce la ley en el párrafo del art. 38 aludido, implica entonces definir, previamente si los concesionarios o proponentes a que se refiere el pliego son los mismos concesionarios cuyo derecho ampara el párrafo del art. 38 del al —sic— citada ley, y ello hace que, si existe violación, tal violación no sería manifiesta, pues definirla, requeriría un examen detenido de la cuestión, lo que por principio está excluido con miras a decretar la suspensión provisional.

“b.2. Por otra parte, si bien el art. 38 en su párrafo otorga la facultad a los concesionarios de espacios de noticieros para que puedan ser

también concesionarios de espacios informativos y de opinión, la adjudicación prevista no resulta obligatoria para esos beneficiarios del privilegio de informar, sin que, en cuanto el art. 37 de la Ley 14 de 1991 ordena que en la materia se aplicarán las disposiciones sobre contratación administrativa, y entre estas están los criterios de adjudicación que señala el artículo 33 del decreto 222 de 1983, según el cual, se debe en este aspecto, tener en cuenta la distribución equitativa de los negocios o contratos suscritos que se estén tramitando o ejecutando en la entidad licitante, bien puede la norma reglamentaria de la licitación disponer que los espacios de informativos de opinión, no se adjudiquen a quienes propongan espacios informativos y noticieros, con el fin de evitar una distribución equitativa de los contratos (art. 3o. ley 14 de 1991. art. 6o. decreto 1266/91).

“Por lo demás, según el art. 1o. de la ley 14 de 1991, los contratos que en desarrollo de ella se lleguen a adjudicar para otorgar la concesión de espacios de televisión, están subordinados a los principios y fines de la ley, entre los cuales está, la prohibición de permitir la concentración del poder informativo reconocido en favor de los ciudadanos.

“Permitir que una misma programadora acumule noticiero, información y opinión, va en contra vía de esos principios que, por haber sido avalados y claramente establecidos en los arts. 20 y 75 de la Constitución de 1991, posterior al párrafo del art. 38 de la ley, hace que la facultad de adjudicar doble programa de esa clase a una sola programadora haya quedado sin fuerza, dada la naturaleza derogatoria o reformatoria que tiene la Constitución, respecto de la legislación preexistente.

“A su vez, tales disposiciones y el art. 3o. de la ley 14 tantas veces citada, otorgan sustento jurídico a las medidas tendientes a evitar la concentración del poder informativo y las prácticas monopolísticas que tiendan a eliminar la competencia.

“Sin dilucidar este aspecto, no puede saberse si el acto acusado viola o no el párrafo aludido, pues no se sabe con certidumbre si, por efecto de la norma constitucional invocada, aquel se encuentra o no vigente, si tiene nítido respaldo Constitucional o si corresponde a actuaciones administrativas, que procuran precisamente evitar la concentración y garantizar el pluralismo informativo, ajustándose a las normas superiores que debe respetar el acto acusado.

“Determinar la cuestión, es asunto que no permite una deducción simple y llana, por lo que la supuesta violación de la ley no tiene el carácter de manifiesta, ni de evidente como lo predica el auto impugnado.

“Exige además, la confrontación del acto acusado, consultando elementos adicionales que conforman el ordenamiento jurídico objeto de defensa, en su integridad, y no, presentando una sola porción del régimen legal, desfigurando la ontología de la preceptiva constitucional, legal reglamentaria y las actuaciones licitatorias y administrativas. Es en dicho contexto en el que se concibe el acto acusado, y por tanto, el estudio de su legalidad encuentra, como hemos demostrado, otros pilares normativos, en los cuales es preciso ahondar. Acción esta que, ciertamente, no es objeto de la medida de suspensión”. (fls. 176 a 178).

Finalizan diciendo que “..., habiéndose ya agotado el procedimiento de licitación de que trata el pliego acusado, este perdió su existencia, por agotamiento de sus previsiones en cuanto a la adjudicación, y no se ve como, sin contrariar la jurisprudencia reiterada de ese H. Consejo de Estado, según la cual un acto que ha desaparecido, por derogatoria, consunción o agotamiento de sus efectos, puede ser objeto de control contencioso administrativo”. (fl. 178).

LA SALA CONSIDERA

La Sala abordará el estudio de los recursos en dos capítulos separados, así:

I. Los propuestos en contra del auto admisorio de la demanda.

II. Los propuestos en contra de la suspensión provisional.

I. Agrupando los argumentos expuestos frente al auto de admisión, se pueden resumir en los siguientes:

a) No es el carácter general o particular de un acto administrativo el que determina la procedencia de la acción de nulidad sino la finalidad que persigue el actor con su ejercicio.

b) El pliego de condiciones, en la parte acusada, no crea una situación jurídica, general sino una particular, aplicable solamente a las personas inscritas en el registro de proponentes.

c) El actor carece de legitimación en causa para formular la pretensión de nulidad.

d) No se acusó el acto jurídico completo ni se acompañó a la demanda la constancia de la publicación del acto, lo cual genera inepta demanda.

e) Luego de la vigencia del Decreto-Ley 2304 de 1989, los actos separables de los contratos solamente pueden controvertirse por medio de las acciones contractuales.

- I -

1. Los tres primeros argumentos expuestos tienen un ligamen muy estrecho razón que impone un tratamiento conjunto.

La historia jurisprudencial sobre esta materia se parte en dos en el año de 1961; con anterioridad, "... *el contencioso de anulación era solo viable contra los actos de contenido general y abstracto; y el de plena jurisdicción, por el contrario, era únicamente susceptible contra los de alcance particular* o creadores de situaciones individuales y concretas" (Carlos Betancur Jaramillo - "Derecho Procesal Administrativo" 2a. edición. Págs. 19 -Subrayas de la Sala-); a partir del 10 de agosto del año indicado, el Consejo de Estado construye y desarrolla la doctrina jurisprudencial que se conoce como "de los móviles y finalidades", según la cual:

"I. No es la generalidad del acto impugnado el elemento que determina la viabilidad del contencioso popular de anulación, sino los motivos determinantes de la acción (tutela del orden jurídico y mantenimiento de la legalidad abstracta). El sometimiento de la administración al imperio del derecho objetivo es la finalidad propia que la ley señala a esta acción (artículos 66 a 83 C.C.A.).

"II. Los motivos y finalidades del actor deben estar en consonancia con los que las normas legales asignan a la acción, acuerdo que es presumible cuando se acciona por la vía del contencioso popular de anulación contra los actos impersonales y abstractos, porque esta clase de ordenamientos entrañan una violación continua y permanente de la legalidad objetiva, que afecta a la comunidad entera.

"III. Distinta es la situación cuando la misma acción se endereza contra actos de contenido particular, caso en el cual la doctrina de los motivos y finalidades opera en dos formas: a) Si la declaratoria de nulidad solicitada no conlleva el restablecimiento del derecho lesionado, el contencioso popular de anulación puede ejercitarse inclusive por el titular de ese derecho, en cualquier tiempo; b) Si la sentencia favorable a las pretensiones del acto determina el restablecimiento automático de la situación jurídica individual afectada por la decisión acusada, el recurso objetivo no será admisible, a menos que la acción se haya instaurado dentro de los cuatro meses de que habla el inciso tercero del artículo 83 del C.C.A.

"IV. El motivo determinante de la acción de plena jurisdicción es el quebrantamiento de un estatuto civil o administrativo, pero solo en cuanto ampara una situación jurídica subjetiva (artículo 67, C.C.A.). Sus finalidades propias son el restablecimiento del derecho quebrantado, reparando el daño ya ocasionado o precaviendo un perjuicio even-

tual. Tal la razón para que dicho texto de opción para pedir la simple anulación (lesión jurídica subjetiva y daño contingente), caso en el cual la declaratoria de nulidad conlleva por sí misma y automáticamente, el restablecimiento del derecho, o la anulación acompañada del restablecimiento (Lesión jurídica subjetiva y daño actual), en cuyo caso el interesado podrá intentar la acción con ambos fines, pero en uno y otro evento, dentro de los cuatro meses a que alude el inciso 3o. del artículo 83 del C.C.A.

“V. El Contencioso popular de anulación es el contencioso exclusivo de la legalidad. Se desenvuelve en torno de dos extremos únicamente: la norma transgredida y el acto transgresor, sin que posibles situaciones jurídicas que se interpongan jueguen papel alguno en la *litis*, en tanto que el contencioso de plena jurisdicción es el contencioso del restablecimiento y de la responsabilidad estatal, el cual se desarrolla alrededor de tres elementos: la norma violada, el derecho subjetivo protegido por ella y el acto violador de aquélla y éste. El lindero preciso entre los dos contenciosos es, pues, la situación jurídica subjetiva amparada por la norma civil o administrativa”. (Sentencia de 10 de agosto de 1961, anales Tomo LXIII).

Esta posición doctrinal se perfeccionó mediante el auto de 21 de agosto de 1972, proferido por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, a cuyos términos: “La jurisprudencia del Consejo inicialmente solo admitía la acción de nulidad contra los actos creadores de situaciones jurídicas generales, por estimar, como en la legislación anterior, que la naturaleza del acto condiciona la procedencia de la acción (V. Sentencias de 13 de julio de 1938, Anales Tomo XXXIV, Pág. 637; 15 de septiembre de 1938, Anales Tomo XXXV, pág. 915; 9 de diciembre de 1941, Anales Tomo XLVII, págs. 1196 y 1197; 12 de mayo de 1955, Anales Tomo LXV, pág. 45; y 1o. de diciembre y 20 de agosto de 1959, Anales Tomo LXII, págs. 45 y 685); criterio que se hizo extensivo a los actos condición que, como los de autorización para ejercer determinada profesión, son de interés general o público (Sentencia de 9 de diciembre de 1941, Anales Tomo XLVII, págs. 1196 y 1197 y de 25 de mayo de 1963, Anales Tomo L, págs. 150 a 153). Pero, desde el 1o. de diciembre de 1959 se inicia la tendencia a rectificar esta jurisprudencia, con los salvamentos de voto de los consejeros doctores Alejandro Domínguez Molina y Carlos Gustavo Arrieta quienes sustentan la tesis de que, contra lo que ha estimado el Consejo según los arts. 62 a 65 del C.C.A., no es ‘el contenido del acto demandado el que determina la calidad de la acción, sino el objeto inmediato que se pretende proteger contra los efectos del acto administrativo’, motivo por el cual, en principio, la acción de nulidad es procedente contra actos creadores de situaciones jurídicas generales y particulares, si se busca en ambos casos la tutela del orden jurídico (Anales, Tomo LXII, 1a. parte, págs. 82 a 86).

“El Consejo de Estado, por sentencia del 10 de agosto de 1961, rectificó su jurisprudencia y consagró la doctrina anteriormente expuesta, denominada ‘de los motivos y finalidades’, que puede sintetizarse así:

“‘a) Los arts. 62 a 65 y 83 del C.C.A. prescriben que la acción de nulidad procede ‘contra todos los actos administrativos’, sin distinguir entre los creadores de situaciones jurídicas generales y particulares, por lo que ‘no aparece la razón para que la doctrina haya consagrado distingos que los textos repelen expresamente’. (b) La procedencia de la acción de nulidad no se determina por ‘la generalidad del ordenamiento impugnado’, sino por ‘los motivos determinantes de la acción y las finalidades que a ella ha señalado la Ley, que según los arts. 62 a 65 del C.C.A. ‘son los de tutelar el orden jurídico y la legalidad abstracta contenida en esos estatutos superiores’, con la finalidad ‘de someter a la administración pública al imperio del derecho objetivo’. (c) La causa y objeto de la acción de nulidad ‘son incompatibles con la protección de derechos particulares’, cuya aceptación significaría ‘una simulación de motivos, de intereses y de fines que los textos rechazan implícitamente’, con ‘desconocimiento de los mandatos legales sobre caducidad de la acción privada’. (d) El art. 67 del C.C.A. da acción a la persona cuyo derecho, civil o administrativo, fue violado por cualquiera de los actos mencionados en los Arts. 62 a 65 del C.C.A. para pedir que además de su anulación se le restablezca en su derecho, lo que constituye el ‘motivo determinante de la acción de plena jurisdicción ... pero solo en cuanto ampara una situación jurídica subjetiva’, razón por la cual si la simple declaratoria de nulidad del acto ‘determina el restablecimiento automático de la situación jurídica individual afectada por la decisión enjuiciada, el recurso objetivo no será admisible, salvo que la acción se intente dentro de los cuatro meses de que habla la Ley’, pero en caso negativo ‘el contencioso popular puede ejercitarse inclusive por el titular de ese derecho’ (Anales Tomó LXIII, 1a. parte, págs. 202 a 205).

“‘La Sala reitera la doctrina anteriormente expuesta, pero considera pertinente hacer las siguientes aclaraciones:

“‘La diferencia fundamental entre las acciones de nulidad y de plena jurisdicción consiste en que mientras aquella tiene por objeto tutelar el orden jurídico abstracto sobre la base de la vigencia del principio de la jerarquía normativa y origina un proceso que, en principio, no implica litigio o contraposición de pretensiones, porque el interés procesal del actor se confunde con el de la colectividad, a la cual en el fondo representa, con el objeto de que la jurisdicción, también en interés público, declara la verdad, ésta, por el contrario, tiene por finalidad la garantía de los derechos privados, civiles o administrativos, violados o conculcados por actos, hechos y operaciones administrativos, mediante

sentencia que condene a la administración a restablecer el derecho o resarcir el daño.

“2. Este principio fundamenta las diferencias procesales de las dos acciones, a saber: (a) Mientras la acción de nulidad puede promoverse por cualquiera persona y en cualquier tiempo, salvo la de nulidad electoral que tiene término de caducidad en interés público (Art. 209 del C.C.A.), con excepción de los actos de elección o nombramiento de parientes en la Rama Jurisdiccional o en el Ministerio Público, por violación del Art. 174 de la Constitución, que también puede acusarse en cualquier tiempo (Art. 4o. de la Ley 12 de 1945), la de plena jurisdicción debe proponerse o incoarse por el interesado dentro de los correspondientes términos legales, que varían según la pretensión de que se trata (Arts. 83 del C.C.A.; 38 de la Ley 135 de 1961, 28 del Decreto-Ley No. 528 de 1964. 7o. de la Ley 1a. de 1968; 41 del Decreto-Ley 3135 de 1968; 39 del Decreto-Ley No. 2334 de 1971; 127 del Decreto-Ley 2337 de 1971; 111, Inc. 2o. del Decreto-ley No. 2338 de 1971; 121 del Decreto-ley No. 2339 de 1971; 81, Inc. 2o., del Decreto-ley No. 2340 de 1971, 596 del C. del C.); (b) La suspensión provisional es procedente en la acción de nulidad si el acto acusado es manifiesta y ostensiblemente violatorio de la norma o normas invocadas, mientras que en la de plena jurisdicción, fundada en la nulidad de un acto, se requiere además probar sumariamente el perjuicio (Art. 94, Ord. 1o. del C.C.A.) y sólo en ésta tal medida cautelar, como el proceso, es susceptible de perención (Arts. 97 del C.C.A., 346 del C. de P.C. y 282 del C.C.A.); (c) En la acción de nulidad cualquiera persona puede hacerse parte, en procura del orden jurídico, para coadyuvarla o impugnarla, pero en la de plena jurisdicción debe acreditar ‘un interés directo en las resultas del juicio’, que puede contradecirse (art. 89 del C.C.A.); (d) La acción de nulidad, como la coadyuvancia y la oposición a la misma, puede incoarse directamente por cualquiera persona, sea o no abogado titulado e inscrito, pero la de plena jurisdicción, como también la coadyuvancia y la oposición a ella, deben proponerse por conducto de éste (Arts. 40 de la Constitución y 28, numeral 1o., del Decreto-ley No. 195 de 1971), como uno de los presupuestos procesales indispensables para que pueda dictarse sentencia de mérito (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 19 de agosto de 1954 G.J. Tomo LXXVIII, págs. 350 y 351); (e) La admisión de la demanda en la acción de nulidad debe comunicarse a la entidad que dictó el acto y por extensión a la persona o personas determinadas que quedaren comprendidas por el mismo, para enterarla de la existencia del proceso, sin que ello signifique llamamiento a juicio, en el cual pueden hacerse partes voluntariamente para coadyuvar u oponerse a la acción (Art. 89 y 126 Ord. 1o. del C.C.A.), mientras debe notificarse personalmente a la persona o personas contra las cuales se aducen las pretensiones de la demanda (Arts. 26 de la Constitución; 20 Inc. 2o. del C.C.A.; 42 del

Decreto-ley No. 3135 de 1968; 40 del Decreto-ley No. 2334 de 1971, 122 del Decreto-ley No. 2389 de 1971; 104 del Decreto-ley 2340 de 1971, 612, Inc. 2o. del C. de Co.); (f) La sustitución procesal o 'legitimación extraordinaria', la sucesión procesal y el desistimiento de las pretensiones solo pueden ser procedentes en la acción de plena jurisdicción (Arts. 52 y 60 del C. de P.P.C.; 14 de la Ley 28 de 1925, 282 y 284 del C.C.A.) (g) En fin, las acciones de nulidad y de plena jurisdicción difieren en cuanto al efecto de la sentencia, declarativo y *erga omnes* en aquella, prevalecientemente de condena e interpartes en ésta (Arts. 70 y 92 del C.C.A.).

“3. En consecuencia, de conformidad con los arts. 62 a 65 del C.C.A. como sostuvo la Sala en la sentencia del 10 de agosto de 1961, la acción de nulidad procede, en principio, contra todos los actos administrativos, generales o particulares, con el objeto de tutelar o garantizar el orden jurídico, como se ha expuesto; pero si mediante la petición de nulidad del acto se pretende la tutela de derechos particulares, civiles o administrativos, para restablecerlos o precaver su violación, como la Sala sostuvo en la mencionada sentencia, se trata de una pretensión litigiosa, que se promueve contra la administración y que debe hacerse valer conforme al régimen de la acción de plena jurisdicción, con la observación, que la Sala destaca, de que este caso de excepción, fundado en la índole procesal de las dos acciones, solo comprende la tutela de derechos particulares o privados, no la de los que interesan o comprometen al orden público, como los derechos políticos o las libertades públicas, garantizados por las disposiciones constitucionales y legales que los reconocen y rigen, cuya vigencia por lo mismo puede asegurarse mediante acción de nulidad”. (Anales Tomo LXXXIII.).

A partir de entonces la Corporación invoca con frecuencia la doctrina comentada; así ocurrió, por ejemplo, en la sentencia de 6 de febrero de 1990, proferida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en la cual sostuvo:

“La Sala estima útil, para clarificar, las objeciones de distinto orden que el recurrente hace a la sentencia suplicada, emprender el presente estudio de ellas con la lectura de la inicial formulación del libelo demandatorio que claramente enuncia que hace uso de la acción de plena jurisdicción (Ley 167 de 1941, artículo 67 y concordante). Y el señalado medio de impugnación —hoy denominado ‘acción de nulidad y restablecimiento del derecho’ (art. 15 Decreto Ley 2304 de 1989, 7 de octubre)— y hasta hace poco, ‘acción de restablecimiento del derecho’ (art. 85 del Código Contencioso Administrativo adoptado por el Decreto-Ley 1 de 1984, 2 de enero —y vigente desde el 1o. de marzo de ese año)— *ha de encaminarse siempre contra los actos administrativos creadores y modificadores de situaciones individuales y concretas*

que, por tenerse como violatorias de normas jerárquicamente superiores, o por haber sido expedidos por funcionarios u organismos incompetentes, o en forma irregular, o falsamente motivados, o con desviación de poder, se impet্রে su nulidad, al tiempo que, como consecuencia de ello, se pida el restablecimiento del derecho subjetivo que por ellos se haya infringido o desconocido.

“Históricamente remóntase dicha acción, igual que su semejante ‘acción de nulidad’ o ‘pública’ o ‘ciudadana’, a la Ley 130 de 1913 que fundamentalmente adoptó la legislación española de 1888 en esta materia, marcando desde ya la diferencia básica que las distingue, puesto que al paso que ésta persigue la tutela de la legalidad objetiva respecto de actos de carácter abstracto o genérico, aquélla —llamada también ‘privada’— busca obtener, se repite, la nulidad de actos de tipo concreto o individual atentatorios de derechos ‘civiles’, es decir, privados.

“(…)

“No hay, por ende, ninguna duda de que, en ejercicio de la acción de plena jurisdicción se demandó la nulidad de dos actos administrativos individuales y concretos y uno de tipo abstracto u objetivo, tal como concluyó la Sección Primera en la sentencia recurrida, lo que la llevó, según su criterio, a estimar que hubo indebida acumulación de acciones, lo que dio lugar a la inhibitoria por ineptitud de la demanda” (Extractos Tomo VII - pág. 38. Subrayas de la Sala).

El 28 de febrero de 1990, la Sección Primera expidió un auto que, en lo pertinente, expresó:

“Para precisar la cuestión disputada vale advertir que contra la Ordenanza 14 de 1983 se instauró demanda de nulidad en relación con el art. 4o. en cuanto autorizaba a ejercer las actividades tendientes al monopolio de la introducción y venta de licores destilados extranjeros.

“Ciertamente, el acto administrativo acusado es un acto-regla, de donde ha resultado procedente intentar contra él acción de simple nulidad” (ibídem, pág. 130). (Subraya la Sala).

El 22 de febrero del mismo año, la Sección Segunda, en auto de esa fecha, precisó:

“La acción pública de nulidad, tiene dos modalidades que se han denominado: contencioso objetivo propio, encaminada a impetrar la nulidad de un acto administrativo creador de situaciones jurídicas generales, impersonales u objetivas, o la nulidad de actos condiciones que colocan a una persona dentro de una situación reglamentaria considerada, de

interés general para la colectividad; y el contencioso objetivo impropio encaminado a impetrar la nulidad de un acto creador de una situación jurídica particular, siempre que no persiga restablecimiento del derecho o que éste no surja como consecuencia de la declaratoria de nulidad del acto". (Subrayas de la Sala). (Ibídem, pág. 171).

Se han hecho —a título de ejemplo— las anteriores transcripciones para dejar en claro lo siguiente:

a) La jurisprudencia del Consejo de Estado nunca ha sostenido, ni antes del 10 de agosto de 1961 y ni con posterioridad a esa fecha que la acción de nulidad o, mejor, el contencioso objetivo propio, sea improcedente frente a los actos — regla; por el contrario, tanto antes como después de la introducción de la doctrina de los móviles y las finalidades, *siempre* estimó que dichos actos eran justiciables a través de dicho contencioso.

b) Esa conclusión conduce a otra: la razón de ser de la doctrina no fue someter al control jurisdiccional, mediante la acción de nulidad, los actos regla; tal cosa venía ocurriendo sin su concurso; en cambio los actos de contenido particular, que escapaban al control de simple nulidad, fueron pasibles del mismo por aplicación de la mencionada doctrina, generando el fenómeno conocido como el contencioso objetivo impropio.

c) Por las expuestas razones este contencioso continúa siendo restringido; procede, siempre y cuando la declaración de nulidad no tenga por efecto el restablecimiento automático de un derecho subjetivo, caso en el cual, el control jurisdiccional requiere la proposición de las pretensiones resarcitorias.

d) En este orden de ideas, cuando la acción se dirige en contra de un acto de contenido general, *no existe duda de la procedencia del contencioso objetivo propio*; en cambio si el acto acusado tiene un contenido particular se deberá obrar con cautela, porque, so pretexto de restablecer el orden jurídico se puede pretender el restablecimiento de un derecho individual.

e) En nada contradice este planteamiento, la tesis anotada que pregona la procedencia de la acción de nulidad en contra de todos los actos administrativos, sean ellos generales o individuales siempre y cuando el propósito del actor consista en el restablecimiento del orden jurídico quebrantado, y, *en tratándose de actos de contenido particular*, que su anulación no signifique, *per se*, el restablecimiento de un derecho individual.

f) Lo dicho deja en claro la conveniencia de precisar la naturaleza jurídica del pliego de condiciones que ha de orientar una licitación pública para deducir la procedencia de la acción de nulidad; de tal manera que, si el acto es general, las dudas sobre su procedibilidad desaparecen; por el contrario,

si es individual, se debe dar aplicación a la doctrina de los móviles y de las finalidades, y con ella explorar el interés que anima al demandante.

Sobre el punto la Sala reitera la idea expuesta en el auto recurrido.

El pliego de condiciones de una licitación pública es un acto administrativo que reviste carácter general, y no como lo afirman los recurrentes de carácter particular y concreto, porque según ellos afecta únicamente a los posibles oferentes que figuran inscritos con ese fin, en el registro de proponentes de Inravisión.

En efecto:

a) El pliego regula, como lo dijo el auto, la licitación pública, el contrato y, más allá de los dos, el servicio público que presta la televisión cuya trascendencia en la comunidad es tanta que la Constitución Política se ocupó de él con una extensión comparable con las actividades fundamentales del Estado (Art. 75, 76 y 77 de la Constitución).

b) Las razones que impulsaron al Constituyente son obvias; la información en la sociedad post industrial, cubre la mayor parte de la vida social e individual de los hombres, fenómeno que ha generado un poder enorme para los medios masivos de comunicación; estas nuevas circunstancias han determinado que en la vida política contemporánea se cuente el de la información entre los derechos fundamentales; así lo hace nuestra Constitución Política en el artículo 20, cuyo texto expresa:

“Se garantiza a toda persona la libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones, la de informar y recibir información veraz e imparcial, y la de fundar medios masivos de comunicación.

“Estos son libres y tienen responsabilidad social. Se garantiza el derecho a la rectificación en condiciones de equidad. No habrá censura”.

c) Dentro de los mismos linderos se sitúan los llamados “intereses difusos”, generación propia de la sociedad de masas, cuya denominación obedece a la indeterminación de sus titulares; la Constitución Colombiana los regula, bajo el nombre de “derechos colectivos”, de la siguiente manera:

“La ley regulará el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización.

Serán responsables, de acuerdo con la ley, quienes en la producción y en la comercialización de bienes y servicios, atenten contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios.

SECCION TERCERA

“El Estado garantizará la participación de las organizaciones de consumidores y usuarios en el estudio de las disposiciones que les conciernen. Para gozar de este derecho las organizaciones deben ser representativas y observar procedimientos democráticos internos”. (Art. 78).

“La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella.

“También regulará las acciones originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares.

“Asimismo, definirá los casos de responsabilidad civil objetiva por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos”. (Art. 88).

d) No se puede, por consiguiente, aceptar la posición de los recurrentes, según la cual los pliegos de condiciones para adjudicar los espacios de televisión tienen un contenido particular y concreto; incluso —si en gracia de discusión—, se conviene que las únicas personas afectadas por ellos son quienes aparecen registrados como posibles proponentes, no desaparece la característica de generalidad; este concepto (generalidad), se ha dicho muchas veces, se debe relativizar so pena de que desaparezca. De tal manera que cuando se dice que un acto crea, modifica o extingue situaciones jurídicas generales, no se está haciendo alusión de manera necesaria a todos los habitantes de la Nación; es suficiente con que afecte a un grupo de ellos tal y como lo establece el artículo 28 del Decreto 222 de 1983, a cuyos términos:

“La licitación puede ser pública o privada, según que la invitación a contratar se haga a un número indeterminado de personas, siempre que reúnan los requisitos que señalen la ley y los reglamentos ...” (Subrayas de la Sala).

En las circunstancias anotadas, cualquier ciudadano en ejercicio del derecho que le otorga el ordinal 6o. del artículo 40 de la Constitución Política y que reglamenta el artículo 84 y concordantes del C.C.A., está legalmente habilitado para cuestionar jurisdiccionalmente este acto.

3. Con el argumento de que los pliegos de condiciones de la licitación deben ser adoptados por el Consejo Nacional de Televisión, se deduce la existencia de demanda inepta y se reclama su inadmisión.

La simple lectura del encabezamiento de los pliegos desvirtúa esta afirmación; en efecto, dice textualmente: “INSTITUTO NACIONAL DE

RADIO Y TELEVISION – CONSEJO NACIONAL DE TELEVISION”, lo cual indica que fue el organismo indicado el que los adoptó. La autenticación hecha por el Secretario General de Inravisión aleja toda duda sobre el particular, como también respecto de la vigencia del acto de cuyo contenido se desprende que la licitación se abrió el 14 de mayo de 1991 a las 14:00 horas y se cerró a la misma hora del 19 de junio.

Por consiguiente, no hay ineptitud en la demanda.

4. No es cierto que, después de la expedición y vigencia del Decreto Extraordinario No. 2304 de 1989, los actos separables de los contratos solamente se puedan cuestionar por medio de las llamadas acciones contractuales. Sobre el particular, aclara el profesor CARLOS BETANCUR JARAMILLO que:

“El nuevo estatuto (se refiere al Decreto Extraordinario No. 2304), pese a su falta de claridad, le ha permitido a la jurisprudencia del Consejo de Estado arribar a las siguientes conclusiones:

“a) Las controversias contractuales pueden tener origen en el contrato mismo, en los hechos o actos materiales de ejecución y cumplimiento y en los actos administrativos contractuales expedidos a partir de su perfeccionamiento. b) Estas acciones deben tener el término de caducidad de dos años, contados desde la celebración del contrato, la ejecución del hecho perjudicial o la notificación del acto, luego del agotamiento de la vía gubernativa, si ésta fuere procedente. c) Pueden acumularse pretensiones de nulidad que toquen con el acto mismo, con otras relacionadas con la existencia, el cumplimiento, la terminación o liquidación del contrato. d) El acto separable, previo al perfeccionamiento del contrato, puede calificarse como acto administrativo definitivo y como tal controlable, unas veces, siguiendo las reglas generales propias de la impugnación de los demás actos administrativos (nulidad y restablecimiento); y otras, dentro de las controversias contractuales propiamente dichas. Es así como esos actos separables, cuando sean expedidos con violación del ordenamiento, podrán servir de fundamento para la pretensión de nulidad absoluta del contrato por vicios en su formación”.

Más adelante precisa:

“Del tal manera que se sigue haciendo la distinción entre actos previos, precontractuales o separables y contractuales propiamente dichos; se acepta que las controversias contractuales pueden surgir del contrato mismo, de los hechos de ejecución o cumplimiento o de los actos administrativos que expida la administración dentro de las etapas de ejecución, cumplimiento o liquidación, se confirma el control de los

separables mediante las acciones de nulidad y de restablecimiento, siempre y cuando su impugnación no incida en el contrato mismo; y el control de los contractuales dentro de la controversia contractual propiamente dicha". (El Contencioso Contractual – fotocopias págs. 11-12 y 18).

Lo dicho excluye la posibilidad de revocar el auto admisorio de la demanda.

– II –

En contra de la decisión de la Sala, mediante la cual suspendió provisionalmente los efectos del acto acusado, se dijo:

a) Que el acto acusado no contradice la ley; o que la contradicción es aparente; o que no es ostensible; o que es indirecta, en tanto, de por medio, existe el decreto No. 1266 de 1971, reglamentario de la Ley 14 de 1991.

b) Que la medida cautelar resulta precipitada y es necesario esperar el momento final del proceso para tomar una decisión.

c) Que el procedimiento de la Licitación se "agotó" y que, en consecuencia, es improcedente suspenderla.

A pesar del notable esfuerzo de los recurrentes, su intento por desvirtuar la ostensible contradicción que existe entre el acto suspendido y la ley resulta inútil.

En efecto, el enfrentamiento de las dos disposiciones es tan clara, tan notoria, que no requiere las elaboraciones interpretativas de tipo sistemático que reclaman los recurrentes, cuya sola utilización estaría demostrando la inexistencia de contradicción, desapareciendo —de consiguiente— una de las exigencias de la ley para la prosperidad de la medida precautoria.

Simplemente, la ley permite y el pliego prohíbe; ese argumento, por elemental, es absolutamente contundente.

Por otro lado no se entiende cómo puede haberse "agotado" un acto que va a formar parte integral de un contrato cuya ejecución se extiende en el tiempo.

No hay lugar, pues, a revocar la suspensión provisional.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera,

RESUELVE:

NO REPONER el auto de 1o. de agosto de 1991.

COPIESE Y NOTIFIQUESE.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de fecha diez (10) de octubre de mil novecientos noventa y uno (1991).

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

CONTROVERSIAS CONTRACTUALES/CADUCIDAD/TRANSITO DE LEGISLACION

La controversia tiene carácter contractual y a la luz de lo preceptuado en el artículo 136 del C.C.A., la acción contractual caduca “en dos años de ocurridos los motivos de hecho o de derecho que le sirven de fundamento”. En el *sub-lite*, los actos cuya nulidad se impetra se suscribieron hace ya más de veinte años.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Santafé de Bogotá, D.C., octubre diez (10) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Referencia: Expediente No. 6976. Proceso Relativo a Controversias Contractuales. Actor: La Nación — Ministerio de Minas y Energía y de Hacienda y Crédito Público.

— I —

El apoderado de la Nación — Ministerio de Minas y Energía y de Hacienda y Crédito Público, en escrito visible a folios 178 y siguientes del cuaderno No. 1, afirmando ejercer la ACCION DE NULIDAD, y sin hacer mayores precisiones sobre el particular, solicita que previos los trámites del Proceso Ordinario, previsto en el artículo 206 del C.C.A., se hagan las siguientes o similares DECLARACIONES:

“1. Que es totalmente nula la Resolución Número 113 dictada por el entonces Presidente de la República el 29 de mayo de 1971.

“2. Que son totalmente nulas las escrituras que, en desarrollo de la Resolución Número 113 del 29 de mayo de 1971 dictada por el Presi-

dente de la República, suscribió el Señor Ministro de Hacienda y Crédito Público ante la Notaría 7o. del Círculo de Bogotá, distinguidas con los números: 5.565, del 16 de septiembre de 1971; 5.576, 5.577, 5.578, 5.579 y 5.590 del 17 de septiembre de 1971 y 6.227 del 19 de octubre de 1971”.

Para resolver sobre la admisibilidad de la demanda,

SE CONSIDERA:

1o.) El libelo fue presentado en la Secretaría de la Sección el día 16 de septiembre de 1991;

2o.) Del universo jurídico de la demanda se desprende que la controversia tiene naturaleza contractual, pues se aspira a que se decrete la nulidad de la Resolución No. 113, dictada por el Señor Presidente de la República el día 29 de mayo de 1971, y de las escrituras enlistadas en el “*petitum*”;

3o.) A la luz de lo preceptuado en el artículo 136 del C.C.A., modificado por el Decreto 2304 de 1989, art. 23, la acción contractual caduca: ... en dos (2) años de ocurridos los motivos de hecho o de derecho que le sirven de fundamento”.

4o.) Dentro del anterior perfil jurídico se tiene que la acción ejercitada, en el caso en comento, está caducada, pues la Resolución No. 113 se dictó el día 29 de mayo de 1971 y las escrituras, cuya nulidad se impetra, se suscribieron en los meses de septiembre y octubre de 1971, es decir, hace ya más de veinte años, menos la No. 6227 de 19 de octubre de 1971, respecto de la cual se podrá predicar lo mismo, en igual fecha del presente año. Así las cosas, la Sala reitera la perspectiva jurisprudencial que fijó en sentencia de 1o. de octubre de mil novecientos ochenta y siete (1987). Expediente No. 4071, Actor Alvaro de la Hoz Peña, en la cual se razona dentro del siguiente temperamento:

“1a. Es ya tradicional en la jurisprudencia y la doctrina la distinción entre los fenómenos jurídicos de la prescripción y la caducidad como que el primero tiene su fundamento en “... la presunción de liberación resultante de la inacción prolongada del acreedor, en tanto que la caducidad requiere el transcurso del plazo fijo señalado en la Ley para ejercitar la acción como se precisó en providencia proferida dentro del expediente No. 4852. Actor: Luis Medina Cáceres. Consejero Ponente: Dr. Jorge Valencia Arango:

“2a. Hecha la precisión anterior, es conveniente recordar, igualmente, que hasta el primero de marzo de 1984, fecha en que entró en vigencia el nuevo Código Contencioso Administrativo, no se había consagrado

en la ley un término de caducidad para las acciones relativas a contratos, motivo por el cual la jurisprudencia de la Corporación fue reiterada en el sentido de que la prescripción de las mismas estaba sujeta a las reglas del Código Civil, esto es, veinte años para la de nulidad absoluta y cuatro años para la relativa. Pero a partir de la vigencia del nuevo estatuto contencioso-administrativo, se consagró, por primera vez, un término de caducidad para estas controversias, que es el que aparece en el artículo 136 de la citada obra, que en lo pertinente reza: "Las relativas a contratos caducarán a los dos (2) años de expedidos los actos u ocurridos los hechos que den lugar a ella".

"3a. Dentro del anterior marco jurídico-conceptual es lógico concluir que toda controversia contractual, surgida con anterioridad a la vigencia del nuevo C.C. Administrativo, y no planteada ante esta jurisdicción, empezó a estar gobernada por el fenómeno de la caducidad desde el primero (1o.) de marzo de 1984, esto es, que debía someterse a la definición de los tribunales correspondientes en el término de dos años, contados a partir de ese momento. Pero las surgidas con anterioridad a la vigencia del nuevo estatuto contractual, cuyas demandas también se presentaron ante los jueces competentes, antes de ese momento en el tiempo físico, como es el caso en comento, siguieron gobernadas por el fenómeno de la prescripción de veinte o cuatro años, según el caso. Por ello no es posible acreditar que, respecto de ellas, opera el término de cuatro meses a que hace referencia el apoderado de la parte actora".

5o.) Habida consideración de las frecuentes censuras que la opinión pública suele hacerle a la administración de justicia, cuando se toman decisiones con el perfil que registra la presente, la Sala considera de interés destacar que este es un caso más de los muchos que suelen darse, que testimonian la crisis jurídica que se registra en ciertas áreas del Estado, en las cuales los administradores de los intereses de la comunidad suelen poner en marcha la filosofía de dejar hacer y de dejar pasar, para al final, cuando ya no hay nada o muy poco que hacer, someter los conflictos de intereses a la decisión de los jueces. Transitando por este camino pretenden que los adefesios cometidos por ellos desaparezcan del escenario, para que resulte así comprometida la administración de justicia. En el *sub-lite* resulta incomprensible e inaceptable que se afirme en el punto séptimo de la *causa-petendi* que desde el 18 de octubre de 1937 el Juez Civil del Circuito de Orocué, sin razón alguna, hubiese entregado en favor de la parte actora "... *EL SUELO, EL SUBSUELO y el AIRE DEL FUNDO*" y sin embargo, de entonces a hoy, nadie ha cuestionado este asunto. Ahora bien: Si con la Resolución No. 113 de 29 de mayo de 1971, y con las escrituras que se suscribieron a lo largo de ese mismo año, se violaron las normas que se enlistan en la demanda, bajo el rubro "NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION", entre ellas los artículos 1o. y 13 de la Ley 20 de 1969 y el artículo 202 de la Constitución, ¿dónde estaban los ministros y los juristas al servicio del Estado,

encargados de atender con inteligencia y acuciosidad a la defensa de los intereses de la Patria? Inadmitida la presente demanda ¿podrán, con autoridad y seriedad, predicar que es el Consejo de Estado el responsable del adefesio? Estas preguntas vivas no merecen respuestas muertas, como algún jurista con autoridad lo destacaba al censurar ciertos comportamientos con perfiles parecidos al presente.

A todo lo anterior cabe agregar que la fuerza de la realidad fáctica y jurídica amerita también que se hagan profundas reflexiones para poder concluir con seriedad si todos los considerandos que se hicieron en la Resolución Ejecutiva No. 113 de 29 de mayo de 1971, para autorizar la firma de las escrituras, han desaparecido como por encanto, como si en el mundo jurídico también fuera posible una AVALANCHA o UN REVOLCON, que permitiera acabar hasta con el fenómeno jurídico de la cosa juzgada.

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

RESUELVE:

INADMITESE la demanda presentada por la NACION – MINISTERIO DE MINAS Y ENERGIA y de HACIENDA Y CREDITO PUBLICO, por haber operado el fenómeno jurídico de la caducidad de la acción.

Sin necesidad de desglose, devuélvanse los anexos acompañados a la demanda.

COPIESE Y NOTIFIQUESE.

Julio César Uribe Acosta.

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

PERENCION DEL PROCESO

La perención no es otra cosa que la consecuencia desfavorable, por el incumplimiento de la carga procesal a quien debiendo interesarse por el adelantamiento de los diversos actos procesales optó por no cumplirlos, tornándose merecedor de dicha consecuencia desfavorable. En el proceso contencioso administrativo, por manifestación expresa del legislador, que no del intérprete, la falta de impulso procesal le corresponde básicamente al demandante.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Santafé de Bogotá, D.C., diez (10) de octubre de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Doctor Daniel Suárez Hernández.*

Referencia: Expediente No. 6878. Actor: Soc. Ingeniería Construcciones y Asesoría Ltda. "Incona".

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra el auto de 31 de enero de 1991 proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, mediante el cual se declaró terminado el proceso por perención y consecuentemente ordenó archivar la actuación una vez cobre ejecutoria esa determinación.

El Tribunal para llegar a la decisión de declarar perimido el proceso, reflexionó en los siguientes términos:

"Se pretende en este proceso la nulidad del Acta No. 08-86 de junio 26 de 1986 de la Junta Directiva de la Empresa Distrital de Transportes

Urbanos, por medio de la cual se adjudicó la Licitación Pública Nacional EDTU No. 006-86 y, como consecuencia de ello, el restablecimiento del derecho conculcado.

“Mediante providencia del 14 de diciembre de 1989 dictada por esta Sala se ordenó la vinculación al proceso de litisconsorte necesario. Para tal efecto, se ordenó la notificación personal del auto admisorio de la demanda al citado con entrega de la demanda y sus anexos.

“Sin embargo, tal notificación no se pudo llevar a cabo porque, según informe Secretarial del 3 de diciembre de 1990, visible al folio 197, ‘... la parte interesada no ha suministrado lo necesario ...’.

“El pago de las expensas correspondientes a la notificación referida le correspondía hacerlo al apoderado de la parte actora puesto que se trata de un litisconsorte necesario de la entidad demandada y en consecuencia también tiene la calidad de demandado. Y como la notificación personal del auto admisorio de la demanda al demandado corre a cargo de la parte actora, se establece que la notificación del mismo al litisconsorte necesario también se encuentra a cargo del demandante. Este con el fin de que se trabe en forma plena la relación jurídico-procesal.

“De otra parte, el pago de las expensas en comento constituye una verdadera carga u obligación procesal cuyo incumplimiento por el demandante impide que el proceso siga su curso. Y siendo ello así, se presentó la permanencia del proceso en Secretaría debido a falta de impulso procesal correspondiéndole éste a la parte actora.

“Como el tiempo que duró estancado el proceso es superior a seis meses, ya que el último auto fue notificado a las partes por estado del 5 de febrero de 1990 y el expediente pasó otra vez al Despacho del Magistrado Ponente sólo hasta el 3 de diciembre del mismo año, se advierte la ocurrencia de la causal de terminación del proceso por perención establecida en el artículo 148 del C.C.A.”. (fls. 198 y 199).

La parte demandante inconforme con la determinación anterior interpuso simultáneamente recurso de reposición y de apelación, con miras a obtener directamente del *a-quo*, o, alternativamenté, del *ad quem* la revocatoria de la decisión de perención, según la siguiente argumentación:

“Sin que en manera alguna se pretenda eludir responsabilidades, puesto que este no es el ánimo de la parte que represento, considero que, en particular con respecto a esta Providencia, debe destacarse que la decisión que se adoptó en la misma fue ordenada de manera oficiosa, para subsanar o corregir el error o la falla procesal cometidos dentro del trámite admisorio de la Demanda, de conformidad con lo que al respecto ha establecido la Jurisprudencia reiteradamente”.

SECCION TERCERA

“Además, en dicha Providencia no se dispuso que mi representada debía suministrar expensas para su cumplimiento, aspecto que tal vez por una inadvertencia fue omitido en tal oportunidad. Dado el caso, tal carga recaería tanto en la Parte DEMANDANTE, como en la Parte DEMANDADA, por tratarse —se repite— de una orden emitida por la Corporación de manera oficiosa y no en una sola de las Partes.

“Adicionalmente, bien vale la pena tener en cuenta que la Parte que seguramente sabe en dónde puede ser localizado el Litisconsorte es precisamente la Entidad DEMANDADA, por la relación que entre ellos debe o debió existir, como consecuencia de la celebración del Contrato derivado de la Licitación a que hace referencia la Demanda y de la ejecución de las Obras así contratadas.

“De nuestra parte, desconocemos la dirección o el lugar en donde el Ingeniero LEAL GAMBOA pueda ser notificado, por cuanto ni siquiera figura en el Directorio Telefónico.

“Así las cosas, bien difícil resulta para nosotros asumir o que se nos imponga la mencionada carga procesal.

“El cúmulo de trabajo que agobia a los Despachos Judiciales y particularmente en los últimos tiempos a ese Tribunal, hace comprensible la demora en los trámites, lo que significa que no solamente se retardán en los Despachos mismos, sino que inclusive para pasar a éstos, se presentan grandes demoras y en oportunidades se dificulta sobre manera obtener siquiera información.

“Es por ello que resalta aún más la drasticidad de la medida ante la cual ahora solicitamos revocatoria.

“Durante muchísimo tiempo estuvimos preguntando por el negocio y sólo se obtenía la respuesta de que estaba para notificación. Así las cosas, es bien difícil saber qué responsabilidad le pueda caber al DEMANDANTE como para que por una omisión de la cual no es culpable, finalmente se decrete la Perención de un Proceso”.

“La citación del Litisconsorte fue advertida por el Despacho, para corregir una omisión anterior y por lo consiguiente, de allí puede deducirse que por la falta de notificación del mismo, mal puede entrarse a sancionar al DEMANDANTE, para el cual ya prosperó la *litis*”. (fls. 203 a 209, C. 1).

El *a-quo*, por auto de 20 de junio de 1991, rechazó por improcedente la reposición y concedió la apelación (fls. 211 y 212). Esta última fue admitida por auto de 19 de septiembre de 1991 (fl. 223), dado que fue susten-

tada como aparece a fis. 216 a 221, con los mismos argumentos que habían sido expuestos ante el Tribunal para sustentar la reposición.

La parte demandada no se pronunció durante esta instancia sobre la legalidad o ilegalidad del auto recurrido.

Para resolver, la Sala

CONSIDERA:

a) Es un hecho evidente que los procesos, una vez iniciados, deben proseguir su curso normal hasta el estado de dictarse la sentencia, como que la paralización o estancamiento de aquel también acarrea perjuicio, desazón e inseguridad en el grupo social donde se ventilan. Así las cosas, si es al juez a quien se le atribuye el impulso de la actuación procesal y no cumple con ello, se le adscribirá sanción pecuniaria y disciplinaria: en tanto, que si es al particular a quien se le atribuye tal carga, dicha inactividad u omisión le acarreará consecuencias desfavorables a sus pretensiones, desde luego que su inercia bien puede calificarse como desistimiento tácito de aquellas, o, cuando menos, como el arrepentimiento de haber comenzado una tarea infundada.

De allí, pues, ha surgido la Institución de la PERENCION, conocida en algunas partes con el nombre de *caducidad*; pero no es otra cosa que la consecuencia desfavorable, por el incumplimiento de la carga procesal a quien debiendo interesarse por el adelantamiento de los diversos actos procesales optó por no cumplirlos, tornándose merecedor, por consiguiente, de dicha consecuencia desfavorable.

b) La sanción a la parte inactiva en virtud del instituto de la perención, puede ser de variada índole, según las diversas legislaciones. Así puede darse por terminado el proceso, claro está de una manera anticipada, puesto que la forma natural y obvia como debiera concluir, sería mediante la sentencia; adicionalmente, dicho litigante omisivo o renuente, deberá indemnizar los perjuicios que con su comportamiento temerario pudo ocasionarle a su contraparte; se le impedirá volver a revivir nuevamente la misma *litis*, o, por lo menos, hasta tanto no transcurra cierto tiempo; y, finalmente, deberá responder por las costas ocasionadas con la frustrada actuación procesal.

c) Si se tiene en cuenta el concepto de carga procesal y las consecuencias desfavorables para quienes no amolden su comportamiento a determinados preceptos, y pensando que algún sentido, de orden práctico, han de tener las normas que se ocupan de la perención, no cabe interpretación diferente a la de que en el proceso contencioso administrativo, por manifestación expresa del legislador, que no del intérprete, la falta de impulso procesal le corresponde básicamente al demandante.

SECCION TERCERA

En el *sub-lite* ocurre que la parte actora comenzó fallando en sus cargas procesales al no extender su demanda contra el ingeniero Pedro José Leal Gamboa, persona que ostentaba la calidad de litisconsorte necesario para que el juez contencioso pudiera desatar el fondo de la *litis*. Cuando el Tribunal ordenó de oficio la vinculación al proceso del citado profesional de la ingeniería, no encontró la más mínima colaboración de la parte actora hasta el punto de que transcurrido mucho más del término legal que consagra la ley para declarar la perención, según informe Secretarial (fl. 97), no había suministrado "lo necesario para cumplimiento de la notificación ordenada en el último auto".

No resta nada por adicionarle ni suprimirle al auto apelado. Así las cosas, la Sala impartirá confirmación, por encontrarlo ajustado a derecho, en particular a lo reglado por el art. 148 del C.C.A.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera,

RESUELVE:

CONFIRMASE el auto apelado, esto es el de 31 de enero de 1991, proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVA AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha, 10 de octubre de 1991.

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

DENUNCIA DEL PLEITO/LEY ESPECIAL

La denuncia del pleito es de recibo en los procesos relativos a contratos y en los de reparación directa. Si el C.C.A. se ocupa de regular una especial circunstancia, como es la relacionada con la oportunidad para hacer la denuncia, esta disposición especial prevalece sobre la del C.P.C.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Santafé de Bogotá, D.C., octubre diez (10) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Doctor Julio César Uribe Acosta.*

Referencia: Expediente No. 6963. Actor: Jaime Gómez Salas. Demandado: Municipio de Sincelejo.

— 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 de la EMPRESA NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES —TELECOM—, contra el auto calendarado el día veinte (20) de junio de mil novecientos noventa y uno (1991), proferido por el Tribunal Administrativo de Sucre, en el cual se discurre, en lo pertinente, dentro del siguiente temperamento:

“El Municipio de Sincelejo, al contestar la demanda a través de apoderado legalmente constituido denuncia el pleito a la EMPRESA NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES (TELECOM), amparándose en

SECCION TERCERA

el Artículo 54 del C. de P.C., manifestando que dicha Empresa es quien debe responder por las pretensiones que se invocan.

“Por ser la denuncia hecha procedente (Art. 56 del C. de P.C.) y reunir los requisitos del Artículo 55 del C. de P. C., el Tribunal Contencioso Administrativo de Sucre,

“RESUELVE:

“PRIMERO: Citar al denunciado (Empresa Nacional de Telecomunicaciones Telecom) representado por su Presidente, para que en el término de diez (10) días, se vincule a este proceso. Para tal efecto notifíquesele personalmente esta providencia en la forma prevista para el auto admisorio de la demanda, por conducto del Gerente Regional de Telecom en esta ciudad.

“SEGUNDO: Suspéndese el presente proceso hasta cuando se venza el término para que comparezca al citado, sin exceder de noventa (90) días.

“TERCERO: Tiénese al doctor JAIME QUESSEP ESGUERRA, Abogado titulado, portador de la T.P. No. 5.233 del Ministerio de Justicia y C. de C. No. 17' 058.188 de Bogotá, como apoderado especial del Municipio de Sincelejo en este proceso, en los términos y extensiones conferidos en el poder que obra en autos”.

– II –

SUSTENTACION DEL RECURSO:

A folios 102 y siguientes del Cuaderno Nro. 1, obra el escrito en que la mandataria judicial de TELECOM hace sus valoraciones de naturaleza jurídica y fáctica orientadas a defender la perspectiva desde la cual ella ha estudiado el caso, para lo cual razona dentro del siguiente universo:

“Conforme al artículo 217 del Código Contencioso Administrativo modificado por el artículo 54 del Decreto 2304, la denuncia del pleito y el llamamiento en garantía son de recibo en los procesos relacionados con controversias contractuales o de reparación directa, siempre y cuando sean compatibles con la naturaleza de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, pero este fenómeno jurídico se debe tomar en su integridad del Código de Procedimiento Civil por cuanto es allí donde se encuentra regulado en su naturaleza y sus efectos.

“Conforme a la preceptiva del artículo 54 del Estatuto de Procedimiento Civil, “*Quien de acuerdo con la ley sustancial tenga derecho a denun-*

ciar el pleito que promueve o que se le promueva, deberá ejercitarlo en la demanda o dentro del término para contestarla ...". (Subrayas fuera del texto). En los procesos contencioso administrativos la oportunidad para ejercitar tal derecho es la de fijación en lista del proceso según el artículo 217 del C.C.A. ya mencionado.

"Del contenido de la norma en parte transcrita se desprende en forma por demás clara que la *denuncia del pleito* debe tener soporte en la ley sustancial y, como es apenas lógico, quien ejercita tal derecho debe indicar cual es la norma sustancial que lo sustenta.

"Ahora bien: dentro de nuestro ordenamiento jurídico las normas sustanciales que sirven de soporte a la denuncia del pleito no son otras que las relativas al *saneamiento de la cosa vendida por parte del vendedor*, las cuales se encuentran en los artículos 1883 y ss. del Código Civil y específicamente el artículo 1899 de la misma obra. Es que la denuncia del pleito no tiene otro objeto que el de fijar las relaciones nacidas de la obligación de sanear la cosa vendida, entre denunciante y denunciado, de donde se desprende que, en nuestro ordenamiento procesal, este fenómeno sólo es aplicable al caso de saneamiento de derechos reales.

"En otros sistemas procesales la *litis denunciatio* comprende también la acción de regresión hacia un tercero fundada en derechos personales, por lo cual comprende también las garantías personales. Pero en nuestro medio el régimen procesal vigente separó las dos modalidades comprendiendo dentro de la denuncia del pleito únicamente lo concerniente al saneamiento de derechos reales (art. 54 C.P.C.) mientras que el de los derechos personales lo consagra como "llamamiento de garantía" (Art. 57 C.P.C.).

"De todo lo anterior se desprende que la denuncia del pleito propuesta en este caso es totalmente improcedente. Tratándose, como se trata, de un litigio que versa sobre derechos personales o de crédito, si lo que se busca es el reembolso por el denunciado de las sumas que el denunciante pudiera ser condenado a pagar como consecuencia de un fallo adverso, la institución a que ha debido acudir era el llamamiento en garantía el cual hubiera sido viable en el caso que se diera los supuestos de hecho que para tal evento consagra la ley procesal.

"Las consideraciones anteriores son suficientes para que el Honorable Consejo de Estado revoque la providencia y en su lugar rechace la denuncia del pleito formulada por el Municipio de Sincelejo (Sucre) en contra de TELECOM.

“FUNDAMENTOS DE DERECHO

“Baso mi recurso en la facultad consagrada en el Inciso primero del artículo 56 del Código de Procedimiento Civil, modificado por el artículo 1o. mod. 20 del Decreto 2282 de 1989 y en los Arts. 351 y ss. del mismo estatuto; y arts. 217 y 267 del C.C.A.”. (folios 102 y 103 Cdo. No. 1).

– III –

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

A) La providencia impugnada será confirmada, pues el *ad-quem* no hace suya la perspectiva jurídica que defiende la apoderada de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones, en el escrito en que sustenta el recurso.

La denuncia del pleito, con el universo que tiene a la luz de lo preceptuado en los artículos 54 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, es de recibo en los procesos relativos a contratos, y en los de reparación directa, como es el presente. A esta verdad jurídica se llega después de leer el alcance del artículo 217 del C.C.A., modificado por el Decreto 2304 de 1989, art. 54, que a la letra reza:

Art. 217.— Modificado. Decreto 2304 de 1989, art. 54 “DENUNCIA DEL PLEITO, LLAMAMIENTO EN GARANTIA Y RECONVENCION. En los procesos relativos a controversias contractuales y de *REPARACION DIRECTA*, la parte demandada podrá, en el término de fijación en lista, *DENUNCIAR EL PLEITO*, realizar el llamamiento en garantía o presentar demanda de reconversión, siempre que ello sea compatible con la índole o naturaleza de la jurisdicción de lo contencioso administrativo”.

Es claro que si el C.C.A. se ocupa de regular una especial circunstancia, como es la relacionada con la oportunidad para hacer la denuncia, esta disposición especial prevalece sobre la del Código de Procedimiento Civil. Esta verdad jurídica explica bien que el apoderado del centro de imputación jurídica demandado, en el escrito en que hace la denuncia manifieste: “... dentro del término de fijación en lista para contestar la demanda de la referencia, y haciendo uso del Art. 54 del D.E. 2304/89 me propongo a continuación *DENUNCIAR EL PLEITO* que hago de la siguiente manera ...”. La informalidad que él tuvo, consistente en el hecho de que hubiese presentado el escrito antes de que se realizara la fijación en lista, no alcanza a desnaturalizarla. Al definirlo así, la Sala pone en marcha el principio orientador de LA EFICACIA, en virtud del cual se debe tener en cuenta que los procedimientos logren su finalidad, removiendo de oficio los obstáculos puramente formales.

B) No es de recibo la tesis de la impugnante en el sentido de que la única norma sustancial que sustenta la denuncia del pleito es la que tiene que ver con el saneamiento de la cosa vendida por parte del vendedor.

En esta materia la sala patrocina las enseñanzas del procesalista Dr. Hernando Devis Echandía cuando predica:

“La doctrina no limita la *litis denuntiatio* a los casos de garantía de derechos reales, sino a los más generales en que exista la acción reversiva o de regresión hacia el tercero a quien se denuncia el *pleito*, y así se comprende la garantía personal, tan frecuente en el campo de las obligaciones por solidaridad o fianza o responsabilidad común por hechos extracontractuales culposos o dolosos.

“De esta suerte, en el moderno derecho procesal la denuncia del pleito y el llamamiento en garantía se consideran como una misma institución procesal; para extenderla tanto a la garantía real como a la personal de origen contractual o extracontractual.

“No dice el texto legal que la denuncia del pleito se limita al caso de evicción de derechos reales, sino que se refiere, en general, a los casos en que tenga el derecho a denunciar el pleito conforme a la ley sustancial. Pero esto no significa que sea necesaria una disposición legal que expresamente hable de denuncia del pleito, pues es suficiente que de su contenido se deduzca tal derecho.

“Pero nuestro C. de P.C. consagra en el art. 57 del derecho a citar otra persona siempre que exista la relación de garantía entre el denunciante y el denunciado, para el resarcimiento del perjuicio o el reintegro de pago que deba hacer como consecuencia del proceso, o también en razón de la ley, y los casos de saneamiento de derechos reales en los arts. 54 a 56, como denuncia del pleito.

“La doctrina y la jurisprudencia nacionales entendieron durante la vigencia del anterior C. de P.C. que sólo en los casos de saneamiento de la evicción en derechos reales existía la denuncia del pleito, porque sólo entonces la ley civil habla expresamente de citar al tradente para que comparezca al proceso a defender al comprador o adquiriente (C.C. arts. 1893 y ss). Este era el caso principal, sin la menor duda; pero podían darse otros, como los comprendidos en los de llamamiento en garantía de que trata el art. 57 del nuevo C. de P.C., norma que en aquel Código no existía; pero ahora estos deben entenderse como simple llamamiento en garantía, gracias a este nuevo texto, que terminó con el problema”.

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

RESUELVE:

1o.) CONFIRMASE el auto calendado el día veinte (20) de junio de mil novecientos noventa y uno (1991), proferido por el Tribunal Administrativo de Sucre, por las razones dadas en los considerandos de este proveído;

2o.) Ejecutoriado el presente auto, devuélvase el expediente al tribunal de origen.

COPIESE Y NOTIFIQUESE.

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

**ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA—Improcedencia/ACCION IN REM VERSO—Improcedencia/HECHO ADMINISTRATIVO/CADUCIDAD/HIPO-
TESIS DEL NO DERECHO**

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. 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*. Definido el caso *sub lite* como una situación de hecho la acción está caducada, pues se presentó la demanda luego de transcurridos los tres años que da la ley para instaurar la acción.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Santafé de Bogotá, D.C., octubre once (11) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Doctor Julio César Uribe Acosta.*

Referencia: Expediente Nro. 5686. Actor: Hennio Publicidad Ltda. Demandando: Beneficencia del Valle.

— 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 tanto por el Fiscal Primero como por el procurador judicial

SECCION TERCERA

de la parte actora, contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, el día tres (3) de noviembre de mil novecientos ochenta y ocho (1988), que declaró probada la 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 discurre dentro del siguiente universo:

“La Sociedad HENNIO PUBLICIDAD LTDA., mediante apoderado judicial legalmente constituido propuso ante esta Corporación la Acción establecida en el Art. 68 del Código Contencioso Administrativo (Ley 167 de 1941), en concordancia con los Arts. 28 y 32 Num. 2o. literales d) y f) del Dcto. 528 de 1964, contra la BENEFICENCIA DEL VALLE.

“Solicita que se hagan las siguientes declaraciones y condenas:

“PRIMERA: Se condene al establecimiento público descentralizado del Departamento del Valle del Cauca, “BENEFICENCIA DEL VALLE” a pagar la suma de SIETE MILLONES TRESCIENTOS CINCUENTA Y SIETE MIL TRESCIENTOS SESENTA Y CUATRO PESOS (\$7.357.364.00) Moneda Corriente, valor de los servicios de publicidad prestados por la Sociedad “HENNIO PUBLICIDAD LTDA.”, y no pagados en la promoción de los planes de la Lotería del Valle, en cumplimiento de las órdenes dadas por aquél, dentro de los treinta (30) días siguientes al de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al proceso.

“SEGUNDA: Que para indemnizar el lucro cesante se condene a la “BENEFICENCIA DEL VALLE”, al pago de los intereses sobre el valor de la suma adeudada por los servicios de publicidad, a una tasa igual al interés corriente certificado por la Superintendencia Bancaria.

“TERCERA: Que se condene a la “BENEFICENCIA DEL VALLE”, a indemnizar el daño emergente que está constituido por las sumas que hubiere percibido como rendimiento normales derivados del pago oportuno del valor de los servicios prestados en el arte de la publicidad, objeto de la relación contractual.

“CUARTA: Que se actualice el valor del daño emergente a la fecha de la sentencia, teniendo en cuenta la diferencia del valor adquisitivo de la moneda entre la época en que se suspendió el pago de los servicios y la época de la sentencia, mediante la aplicación de criterios técnicos de corrección monetaria acogida por el H. Consejo de Estado a partir de la sentencia del 20 de octubre de 1978, Sección Tercera.

“QUINTA: Que si la “BENEFICENCIA DEL VALLE”, no da cumplimiento a la sentencia en el término señalado en el Artículo 121 del Código Contencioso Administrativo, al cual se alude en el punto primero de este acápite, pagará intereses moratorios iguales al interés bancario, durante todo el período de mora”.

Fundamentó su demanda en los siguientes términos que se pueden sintetizar así:

“HECHOS:

“1o.) La Sociedad HENNIO PUBLICIDAD LTDA., es una compañía legalmente constituida por escritura pública, debidamente inscrita en la Cámara de Comercio de Cali.

“2o.) La gerencia del establecimiento público Departamental “BENEFICENCIA DEL VALLE”, convino con el actor la prestación de servicios de publicidad por los diferentes medios de comunicación social (prensa, radio etc.), para promocionar la venta de billetes. Este convenio se inició en el mes de noviembre de 1978, mediante el procedimiento de órdenes de trabajo y presentación de las cuentas una vez cumplida la orden, hecho que se acredita con la factura del servicio correspondiente (Emisora, periódico o revista etc.).

“3o.) El procedimiento de que antes se da cuenta continuó con la administración de los Gerentes Doctores Hernán Saavedra Racines y Carlos Lozano Angel, habiéndole correspondido a éste último, el plan de desarrollo del aumento del premio mayor de la Lotería del Valle, lo cual era menester la propaganda por todos los medios de difusión.

“4o.) El Gerente Dr. Carlos Lozano Angel, debidamente autorizado por la junta directiva de la Beneficencia del Valle, convino con la sociedad actora la prestación del nuevo plan publicitario con motivo de el aumento del premio mayor de la Lotería, lanzando la campaña publicitaria conocida con el nombre “QUE TOTAZO”, con una amplia difusión y cubrimiento en todos los medios de comunicación social. El valor de este plan publicitario fue de \$5.743.770.52, de lo cual sólo se pagó la cantidad de \$2.395.164.82 y la diferencia sumada a la cantidad de \$3.029.656.00, suma ésta adeudada por servicios de publicidad anteriormente prestados y no pagados, da la suma reclamada por el demandante, más los intereses por el lucro cesante y el daño emergente.

“5o.) A partir del 5 de enero de 1981, fecha de la cancelación de dos facturas por valor de \$398.079.50 y \$371.073.02, cesaron los pagos por orden de la nueva administración del Gobierno Deptal. y la gerencia de

la Beneficencia del Valle, causándole al actor grave perjuicio moral y económico, tales como, no poder cumplir con sus compromisos, ocasionándole la suspensión de créditos publicitarios, viéndose obligado a recurrir a préstamos extrabancarios y giros de cheques postdatados.

“6o.) Ante la negativa de la entidad demandada de cumplir con la obligación contraída, el actor instauró demanda ordinaria ante los Juzgados Civiles del Circuito de Cali, donde culminó declarando nulidad de todo lo actuado, ya que debía dirimirse la controversia ante esta Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo”.

“NORMAS VIOLADAS:

“Citó como normas violadas las siguientes: Arts. 16 y 30 de la Constitución Nacional, Arts. 1613, 1614, 1615 y 2343 del Código Civil. Arts. 5, 8 y 48 de la Ley 153 de 1887.

El proceso tuvo el trámite legal, se decretaron las pruebas solicitadas por las partes, la entidad demandada contestó en tiempo oportuno, se escuchó el concepto del señor Fiscal lo. de la Corporación, y llegada la hora de decidir, se procede a ello, previa las siguientes,

“CONSIDERACIONES:

“La demanda solicita se condene a la Beneficencia del Valle a pagar la suma de \$7.357.364.00 M/cte., a la sociedad actora por concepto de “servicios de publicidad prestados por la Sociedad “HENNIO PUBLICIDAD LTDA.”, y no pagados en la promoción de los planes de la Lotería del Valle, en cumplimiento de las órdenes dadas por aquel ..” Que igualmente se condene al pago de los intereses sobre el valor de la suma devengada y al daño emergente constituido por las sumas que hubiere percibido como rendimientos normales derivados del pago oportuno de aquel valor y que se actualice, también, el valor del daño emergente a la fecha de la sentencia.

“La entidad demandada al contestar la demanda propuso varias excepciones entre ellas la de “Caducidad de la Acción”. Pasa el Tribunal a hacer el estudio correspondiente a esta excepción. Dice el actor en el hecho quinto de su demanda: “a partir del 5 de enero de 1981, fecha de cancelación de dos facturas por valor de ..., cesaron los pagos por orden de la nueva administración del Gobierno Departamental y de la Gerencia de la Beneficencia del Valle, lo que le causó a mi mandante un grave perjuicio moral y económico consistente en lo siguiente ...” (subraya el Tribunal). Y más adelante agrega en el hecho 6o. ...” mi mandante, por conducto de apoderado judicial, instauró un proceso ordinario de mayor cuantía ante la justicia Civil del Circuito de Cali,

el que culminó ... *dentro del término de los tres (3) años siguientes a la realización del hecho (enero 5 de 1981)*, fecha en que se ordenó el último pago y a partir de la cual se decidió no reconocer a mi mandante el pago de sus servicios de publicidad convenida". (subraya el Tribunal. Fls. 47 y 48 del Cdno. ppal.)

"Estudiando con detenimiento el proceso, el Tribunal no encuentra probado lo afirmado anteriormente en los hechos 5o. y 6o. de la demanda: es decir, por ningún lado consta en el proceso la orden de cesación de pagos de que habla el actor.

"Además no se puede perder de vista que esa supuesta orden de cesación de pago en estricto sentido, no puede ser la que vendría a generar la oportunidad de la acción instaurada, ya que ésta depende de un suceso anterior como es la exigibilidad de las obligaciones que se reclaman y que según la demanda la beneficencia se ha negado a cancelar. Ni siquiera existe prueba en el proceso de haberse presentado las cuentas de cobro correspondientes para lograr el pago de la obligación que pretende se le reconozca en este proceso.

"Esto por un aspecto, por el otro, en el supuesto de que las órdenes de servicio, o facturas emitidas y firmadas por Hennio Publicidad solamente, sin intervención alguna de la parte demandada, fuese una obligación a cargo del demandado también habría caducado la acción, ya que las supuestas facturas tienen un vencimiento, las unas de septiembre de 1980 (folios 61 s.s) y en el folio 42 y s.s., ya tienen las mismas facturas u órdenes de servicio, fecha de vencimiento; la última de noviembre 30 de 1980, documentos allegados al proceso por los peritos a instancia de la parte actora.

"Tenemos entonces, que si se toma la fecha de las que no tienen vencimiento, qu'ere decir que se trata de una obligación pura y simple, que se hace exigible al momento de su expedición, porque el instante del nacimiento y el de su exigibilidad, se confunden, o sea el 30 de septiembre de 1980, la última. Y si tomamos la fecha de las que aparecen ya con vencimiento, la última es de noviembre 30 de 1980.

"Así las cosas, observando la documentación que aparece en el proceso, y que se repite no fue aportado por el actor, en su demanda, se establece que las supuestas facturas u órdenes de servicio que sirven de base a la presente acción, tiene fecha de vencimiento anterior al 1o. de diciembre de 1980, razón más que suficiente para declarar el Tribunal, la caducidad de la acción solicitada, por haber transcurrido más de tres años entre la fecha de exigibilidad de las facturas y el momento de presentación de la demanda: diciembre 13 de 1983.

“Al prosperar esta excepción, el Tribunal se abstiene de estudiar las demás propuestas.

“Por lo expuesto el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

“RESUELVE:

“DECLARAR PROBADA LA EXCEPCION DE CADUCIDAD”. (Folios 248-253 Cdo. Ppal.).

– II –

SUSTENTACION DEL RECURSO

POR EL FISCAL PRIMERO

Al folio 256 del Cuaderno No. 1 obra el escrito en que el Fiscal Primero sustenta el recurso, en el cual se discurre dentro del siguiente universo:

“Los fundamentos en que descansa la ameritada providencia son los siguientes:

“1o.— Dice el H. Tribunal:

“Estudiando con detenimiento el proceso, el Tribunal no encuentra probado lo afirmado anteriormente en el hecho 5 (cesación de pagos) y 6o. (demanda ordinaria ante la Jurisdicción Civil) de la demanda: es decir, por ningún lado consta en el proceso la orden de cesación de pagos de que habla el actor” (pág. 251).

“Al respecto el Ministerio Público se permite anotar que, con la prueba testimonial aportado (ver folios 26 y ss.), recepcionada con presencia de las dos partes, se ha acreditado la cesación de pagos, los motivos y las circunstancias que rodearon tal hecho.

“2o.— Y agrega el H. Tribunal:

“Además no se puede perder de vista que esa supuesta orden de cesación de pago en estricto sentido, no puede ser la que vendría a generar la oportunidad de la acción instaurada, ya que ésta depende de un suceso anterior como es la exigibilidad de las obligaciones que se reclaman y que según la demanda la Beneficencia se ha negado a cancelar. Ni siquiera existe prueba en el proceso de haberse presentado las cuen-

tas de cobro correspondientes para lograr el pago de las obligaciones que pretende se le reconozca en este proceso”. (folio 251).

“El despacho considera que el término de caducidad debe empezar a contarse desde la terminación del contrato. Es cierto que el estatuto aplicable al caso lo era el Decreto 150 de 1976, pero también lo es que allí no se contemplaba expresamente el término de caducidad de las acciones contractuales. En consecuencia, por analogía, las controversias contractuales se remiten al Código Civil y a sus plazos prescriptivos, quedando para el caso el de 20 años.

“El Tratadista y H. Consejero de Estado, Dr. Carlos Betancur Jaramillo al respecto, en una de sus magistrales conferencias expresó:

“Cuando la Administración incumple alguna o algunas de las obligaciones del contrato, nace para el contratante cumplido, que se allanó a cumplir, una acción alternativa: o pide la resolución o terminación del contrato, o solicita el cumplimiento del mismo y en ambos casos la indemnización de perjuicios.

“Este derecho alternativo surge de la aplicación analógica de los principios del Código Civil que regulan el evento de la condición resolutoria tácita (arts. 1546 y siguientes) interpretados con un criterio de derecho público”.

Y agregaba:

“La caducidad de la acción de terminación o resolutoria.

“En lo que respecta con la caducidad de estas acciones no ha habido acuerdo en la doctrina y la misma jurisprudencia del Consejo de Estado ha guardado silencio a este respecto, aunque las providencias citadas atrás, al negar la existencia de términos de caducidad en las controversias contractuales, remiten al Código Civil y a sus plazos prescriptivos, quedando para el caso el de 20 años”. (Contratos Administrativos — Nuevo Régimen Legal — Cámara de Comercio de Bogotá — 1983 — página 213 y ss.).

“Por estas razones el Despacho considera que el fenómeno de la caducidad de la acción aún no ha ocurrido.

“3o.— En su providencia el H. Tribunal continúa argumentando:

“Esto por un aspecto, por el otro, en el supuesto de que las órdenes de servicio, o facturas emitidas y firmadas por Hennio Publicidad solamente, sin intervención alguna de la parte demandada, fuese una obli-

gación a cargo del demandado también habría caducado la acción, ya que las supuestas facturas tienen un vencimiento, las unas de septiembre de 1980 (folios 61 y s.s.) y en el folio 42 y s.s. ya tienen las mismas facturas u órdenes de servicio, fecha de vencimiento; la última de noviembre 30 de 1980, documentos allegados al proceso por los peritos a instancia de la parte actora.

“Tenemos entonces, que si se toma la fecha de las que no tienen vencimiento, quiere decir que se trata de una obligación pura y simple, que se hace exigible al momento de su expedición, porque el instante del nacimiento y el de su exigibilidad, se confunden, o sea el 30 de septiembre de 1980, la última. Y si tomamos la fecha de las que aparecen ya con vencimiento, la última es de noviembre 30 de 1980.

“Así las cosas, observando la documentación que aparece en el proceso, y que se repite no fue aportado por el actor, en su demanda, se establece que las supuestas facturas u órdenes de servicio que sirven de base a la presente acción, tiene fecha de vencimiento anterior al 1o. de diciembre de 1980, razón más que suficiente para declarar el Tribunal, la caducidad de la acción solicitada, por haber transcurrido más de tres años entre la fecha de exigibilidad de las facturas y el momento de presentación de la demanda: diciembre 13 de 1983” (folio 251).

“Por las mismas razones antes expresadas, en concepto del Despacho, aún no se ha presentado el fenómeno de la caducidad de la acción, es decir por tratarse de una controversia contractual.

“Considera el Despacho suficientes las anteriores argumentaciones para interponer el recurso de APELACION, que respetuosamente reitera para ante el H. Consejo de Estado solicitando se revoque la providencia mencionada y se entre a decidir la controversia contractual planteada, reiterando las consideraciones expresadas en la Vista Fiscal que obra a folios 199 y siguientes”.

— III —

**SUSTENTACION DEL RECURSO POR PARTE DEL MANDATARIO
JUDICIAL DE LA PARTE ACTORA.**

A folios 260 y siguientes del Cuaderno Nro. 1 aparece el escrito en que el procurador 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 argumenta dentro del siguiente universo:

“El Señor apoderado de la BENEFICENCIA DEL VALLE, demandada en el proceso referido, al contestar la demanda, recurrió el auto admi-

sorio de ésta, alegando caducidad de la acción, recurso que fue decidido en Auto de fecha marzo 26 de 1984 (Folio 71 Cuaderno Principal), aplicando la jurisprudencia del H. Consejo de Estado, según la cual, sólo en caso de que la caducidad de la acción aparezca en forma clara e indiscutible podrá estudiarse y declararse en primer auto. De lo contrario, el pronunciamiento deberá dejarse para la decisión final y cuando ya obren dentro del proceso todos los elementos de juicio debidamente acreditados.

“El Artículo 170 del Código Contencioso Administrativo; que trata del *“contenido de la Sentencia”* estatuye: “la sentencia analizará los hechos de la controversia, las pruebas en su conjunto, las normas jurídicas pertinentes y los argumentos de las partes, y con base en tal análisis resolverá las peticiones, en forma que no quede gestión pendiente entre las partes y por los mismos hechos”.

“La demanda se presentó el día 13 de diciembre de 1983, con fundamento en el Artículo 68 de la Ley 167 de 1941, Código Contencioso Administrativo entonces vigente, y en concordancia con los Artículos 28 y 32, numeral 2o. literales d) y f) del Decreto Ley 528 de 1964, normativas éstas últimas que estatúan lo siguiente:

“Art. 68.— “También puede pedirse el restablecimiento del derecho cuando la causa de la violación es un hecho o una operación administrativa. En este caso no será necesario ejercitar la acción de nulidad, sino demandar directamente de la administración las indemnizaciones o prestaciones correspondientes”.

“Art. 28.— “La competencia para conocer de las acciones indemnizatorias por hechos u operaciones de la administración está condicionada a que dichas acciones se instauren dentro de los tres (3) años siguientes a la realización del hecho y operación correspondiente”.

“Como se indica en el Libelo, a partir del 5 de enero de 1981 cesaron los pagos por orden de la nueva Administración de la BENEFICENCIA DEPARTAMENTAL, pues precisamente esa fue la fecha en que se pagaron las Facturas por valor de \$398.079.50 y \$371.073.02 pues de ahí en adelante a mi mandante se le quedó adeudando la cantidad de \$7.357.364 Pesos M/cte., por concepto de Servicios de Publicidad prestados por la firma HENNIO PUBLICIDAD LTDA, a la BENEFICENCIA DEL VALLE. Este hecho sí está debidamente probado en el proceso, con el Dictamen Pericial que se realizó como resultado de la Inspección Judicial practicada a los Libros de mi mandante y que obra a los Folios 149 a 151 del Cuaderno Principal, realizado por la Señora Magistrada, los Apoderados de las partes con la Asesoría de los Contadores Públicos JOSE MESIAS ZAPATA R. y NICOLAS GOMEZ,

prueba que no fue impugnada ni tachada por error grave, fue precisamente esa fecha (5 de enero de 1981), y la Cuantía (\$7.357.364.00), las que sirvieron de base a los expertos para Cuantificar el perjuicio.

“Mal puede afirmarse en la Sentencia que “Estudiando con detenimiento el proceso, el Tribunal no encuentra probado lo afirmado anteriormente en los hechos 5o. y 6o. de la demanda: es decir, por ningún lado consta en el proceso la orden de cesación de pagos de que habla el actor.

“Además no se puede perder de vista que esa supuesta orden de cesación de pago en estricto sentido, no puede ser la que vendría a generar la oportunidad de la acción instaurada, ya que ésta depende de un suceso anterior como es la exigibilidad de las obligaciones que se reclaman y que según la demanda la Beneficencia se ha negado a cancelar. Ni siquiera existe prueba en el proceso de haberse presentado las cuentas de cobro correspondientes para lograr el pago de la obligación que pretende se le reconozca en este proceso.

“Esto por un aspecto, por el otro, en el supuesto de que las órdenes de servicio, o facturas emitidas y firmadas por Hennio Publicidad solamente, sin intervención alguna de la parte demandada, fuese una obligación a cargo del demandado también habría caducado la acción, ya que las supuestas facturas tienen un vencimiento, las unas de septiembre de 1980 (folios 61 y s.s.) y en el folio 42 y s.s., ya tienen las mismas facturas u órdenes de servicio, fecha de vencimiento; la última de noviembre 30 de 1980, documentos allegados al proceso por los peritos a instancia de la parte actora.

“Tenemos entonces, que si se toma la fecha de las que no tienen vencimiento, quiere decir que se trata de una obligación pura y simple, que se hace exigible al momento de su expedición, porque el instante del nacimiento y el de su exigibilidad, se confunden, o sea el 30 de septiembre de 1980, la última. Y si tomamos la fecha de las que aparecen ya con vencimiento, la última es de noviembre 30 de 1980.

“Así las cosas, observando la documentación que aparece en el proceso, y que se repite no fue aportado por el actor, en su demanda, se establece que las supuestas facturas u órdenes de servicio que sirven de base a la presente acción, tienen fecha de vencimiento anterior al 1o. de diciembre de 1980, razón más que suficiente para declarar el Tribunal, la caducidad de la acción solicitada, por haber transcurrido más de tres años entre la fecha de exigibilidad de las facturas y el momento de presentación de la demanda: diciembre 13 de 1983”.

“Lo anteriormente transcrito lleva a la inequívoca conclusión de que la Sentencia confunde la ACCION con la PRESCRIPCION de corto

tiempo de que trata el Artículo 2542 del Código Civil, como se demuestra a continuación:

“Se afirma en la sentencia, que las facturas tienen fecha de vencimiento de septiembre de 1980, y noviembre de 1980, “porque el instante del nacimiento y el de su exigibilidad se confunde”, y que a la fecha del 13 de diciembre de 1983, en que se presentó la demanda, tales Facturas estarían prescritas, de donde se concluye que la Acción está caducada por haber transcurrido más de tres (3) años, desde las indicadas fechas.

“La prescripción de tres años, aplicable a las mencionadas obligaciones (Art. 2542 del C.C.), está sometida a un régimen especial de *interrupción* por el reclamo presentado por mi mandante y del cual dan cuenta en forma pormenorizada los testimonios recibidos y controvertidos en el proceso, la declaración de parte rendida por el Representante legal de mi mandante a petición del Apoderado de la Demandada y la Audiencia Pública realizada a solicitud de la parte demandada, pruebas que tampoco tuvo en cuenta la Sentencia. En efecto, el artículo 2544 del Código Civil, estatuye que la prescripción se interrumpe “2o.— desde que interviene el requerimiento”, para reanudarse por lapso igual. Ante estos hechos claramente acreditados en el Proceso que prueban la interrupción con las consecuencias jurídicas indicadas, no podía el Tribunal, sin violar el citado Art. 170 del C.C.A., pasar por alto el fenómeno de la *interrupción de la prescripción*. Lo elemental es que quien pretende un derecho frente a la administración trate de obtener su reconocimiento ante la misma administración, sólo como último recurso acude en demanda ante la jurisdicción bien ordinaria o especial de lo contencioso administrativo.

“El H. Consejo de Estado ha expresado sobre este particular que “ante la administración pública no se ejercen acciones; se hacen reclamos o reclamaciones, simples solicitudes o peticiones. Reclamar o solicitar algo a la administración pública no es ejercer una acción, que si lo es, cuando se pide o solicita a un Juez o a un Tribunal”. Y agrega: Ciertamente, en el fondo, tanto la reclamación hecha a una entidad administrativa como la acción que se ejerce ante un juez o Tribunal, se dirigen al Estado. Pero precisa distinguir, la solicitud o reclamación administrativa se dirigen al Estado, en la misma forma como el trabajador particular solicita o reclama un derecho a su patrono, es decir, como sujeto de una relación de trabajo, como persona obligada, sujeto pasivo entonces; se le solicita o reclama el pago de unos salarios o de una prestación social. Aquí el Estado figura simplemente como empleador, en la misma forma como una persona natural o jurídica de carácter particular lo es respecto de sus trabajadores.

“En cambio la acción, que se ejerce ante una autoridad del orden jurisdiccional, se dirige al Estado no como deudor de un derecho subjetivo,

sino de un derecho a la justicia, del derecho de los particulares a una decisión jurisdiccional.

“La acción se dirige al Estado no como sujeto pasivo en una relación de derecho sustancial sino procesal; no como sujeto de la obligación de pagar unos salarios o unas prestaciones sociales, sino como sujeto de la obligación de decidir como juez sobre un derecho que se pretende hacer valer contra él, de la obligación de hacer justicia contra sí mismo.

“De lo dicho antes es forzoso concluir que la acción no se agota en el ámbito administrativo, como no se agota en la esfera de actuación ante el patrono particular u oficial, sino en el jurisdiccional, sólo ejerciéndose ante la jurisdicción puede ella agotarse.

“Cuando se reclama ante la administración, se solicita el reconocimiento de un derecho laboral y ella niega lo pedido, queda viva la acción, si no ha prescrito, sale incólume, habitada para llevar la pretensión ante las autoridades del orden jurisdiccional, para pedir ante ellas lo negado. Precisamente, como ya se vio, para ejercer la acción ante la justicia del trabajo o ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo es indispensable haber pedido, haber reclamado ante la Administración y que, obviamente, la petición haya sido negada totalmente o parcialmente, en forma expresa o tácita. *De modo que la acción cobra vida, se pone en movimiento cuando el derecho ha pasado, sin satisfacer por la vía administrativa y entra en la jurisdiccional.* Antes de que la Administración niegue expresa o tácitamente la correspondiente solicitud, el derecho de accionar es virtual y para que llegue a ser actual tiene que haberse cumplido la condición previa del agotamiento de la vía gubernativa”.

“Lo antes transcrito, *mutatis mutandi*, se aplica con meridiana claridad al caso en cuestión, siendo la lógica conclusión la que no es posible que se eluda el cumplimiento de un procedimiento legal, como es la *interrupción de la prescripción*, como consecuencia de las reclamaciones hechas a la Administración para obtener el reconocimiento del derecho y este término de *interrupción* se sume, por así decirlo al de caducidad de la acción que la ley da al particular cuando se encuentra ante la omisión o hecho de la administración; en otros términos, cuando la administración ha expresado su voluntad en forma expresa o tácita, negando el derecho reclamado, originándose así el hecho que es objeto de la Acción correspondiente dentro del término legal establecido para ejercerla.

“El término de tres (3) años, de que trataba el art. 28 del Decreto Ley 528 de 1964 en que se fundamentó la demanda debe contarse a partir del hecho u omisión que se produjo el 5 de enero de 1981, fecha a

partir de la cual cesaron los pagos, término de caducidad que sólo se cumplió el 4 de enero de 1984. Como la demanda se instauró el 13 de diciembre de 1983, estaba dentro del término legal, y esta fue la situación que el Tribunal encontró cuando decidió el recurso de reposición contra el auto que admitió la demanda”.

– IV –

VISTA FISCAL

La Fiscal Séptima de la Corporación, Dra. MIREN DE LA LOMBANA DE MAGYAROFF, en su concepto de fondo **OBSERVA:**

“2.1. LA COMPETENCIA

“2.1.1. De la lectura desprevenida de la demanda se deduce claramente que la controversia es de carácter contractual, pues lo que se demanda es, lisa y llanamente, el incumplimiento de un contrato entre la parte actora y la Beneficencia del Valle y el restablecimiento de un derecho consistente en el pago de tales servicios y de los perjuicios causados por el incumplimiento.

“La anterior exposición tiene como base lo planteado en el propio libelo, en distintos acápites: Así al comienzo de la demanda manifiesta el actor: “instauo demanda de Responsabilidad Contractual contra el Establecimiento Público del orden Departamental “BENEFICENCIA DEL VALLE”, para que reconozca y pague a favor de mi mandante, de las condiciones antes indicadas, la suma de SIETE MILLONES TRESCIENTOS CINCUENTA Y SIETE MIL TRESCIENTOS SESENTA Y CUATRO PESOS MONEDA CORRIENTE (\$7.357.364.00) obligación originada en las órdenes de trabajo dadas a mi mandante para la prestación de servicios de Publicidad a los diferentes planes de la Lotería del Valle, y se restablezca en su derecho”. (folio 44). Dentro del acápite “LA EXPRESION DE LAS DISPOSICIONES QUE SE ESTIMAN VIOLADAS Y EL CONCEPTO DE LA VIOLACION”, dice “y si se hacen estas consideraciones es para afirmar la competencia de esa jurisdicción Contenciosa Administrativa a la luz de las disposiciones que se invocan al inicio de esta demanda de responsabilidad contractual, a efecto de que se reconozca y pague el valor de los servicios técnicos prestados por mi mandante y se le indemnice por los perjuicios causados en la forma y términos que se han indicado”. (folio 49).

“Es claro, entonces, que la acción procedente es la de restablecimiento del derecho de que trata el Art. 67 de la Ley 167 de 1941, en la modalidad introducida por los Arts. 30 y 32 del Decreto 528 de 1964.

“Ahora bien, aunque en la demanda se invocan, como fundamento de la acción, unas normas que son las reguladoras de la controversia planteada, la Jurisprudencia ha sido reiterada en el sentido de que el fallador contencioso-administrativo puede interpretar la demanda y establecer la acción procedente y, si se cumplen los requisitos de la misma, conocer del fondo del negocio.

“2.1.2. El Decreto 528 de 1964 adicionó la Ley 167 de 1941, en el sentido de asignar la competencia de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa para conocer de las controversias sobre responsabilidad de la Administración, originadas en contratos administrativos, competencia que antes de la vigencia del mencionado estatuto estaba atribuida por la Ley a la Jurisdicción Ordinaria.

“Como consecuencia de lo anterior, a partir de la Vigencia del Decreto 528 de 1964, la Jurisdicción Contencioso Administrativa es competente para conocer de las controversias originadas en contratos, a condición de que aparezca demostrado que tales contratos son, precisamente, administrativos.

“2.1.3. Para la época de los hechos que dan lugar al presente juicio, la distinción entre contratos administrativos y contratos de derecho privado se basaba, no en la calidad de pública de la entidad contratante, sino grosso modo, en que el contrato contemplara cláusulas exorbitantes o tuviera como objeto el desarrollo de las funciones propias de la entidad pública contratante, o se realizara entre entidades públicas; en consecuencia, por no existir contratos administrativos, *per se*, era necesario demostrar su naturaleza de tal, acompañando copia del mismo.

“En el informativo aparecen unas órdenes de trabajo, facturas, comprobantes de egreso, testimonios, que demuestran la existencia de una relación contractual, pero no la naturaleza de la misma para los efectos expuestos. En efecto, ninguno de los documentos aportados hay constancia de las cláusulas que regían el contrato o contratos que vinculaban a las partes. Los testimonios tampoco dan una luz sobre el particular. La parte actora, en su declaración ante el juzgado y ante el Tribunal manifestó que no había contrato escrito, y que todo se hacía por órdenes de trabajo escritas o verbales y que no se tuvo en cuenta ningún estatuto de contratación pública; tales afirmaciones conducen a inferir que el contrato era de naturaleza privada y no administrativa.

“A lo anterior debe agregarse que aparece en el informativo una copia del Decreto 1620 de 1977 dictado por el Señor Gobernador del Departamento del Valle “Por el cual se expide el estatuto de compras y suministros y se dictan normas para la celebración de Contratos por parte del Departamento y de sus entidades Descentralizadas”. En el Art. 18

dice que deben constar por escrito, entre otros, los contratos de prestación de servicios. En consecuencia si el contrato era administrativo, estaba regido por el estatuto mencionado y debió presentarse copia.

“2.1.4. De todo lo anterior resulta claro que al no aparecer demostrado que la base de la controversia es un contrato de naturaleza administrativa, la Jurisdicción Contencioso Administrativa carece de competencia para conocer el fondo del negocio.

“2.2. LA *ACTIO IN REM VERSO*.— El ejercicio de la *Actio in rem verso*, a que se alude en la demanda, no es procedente en el presente caso porque sabido es que para que sea legitimada en la causa la mencionada acción, por su carácter esencialmente subsidiario, se requiere que el demandante carezca de cualquier otra, y ya en el punto anterior se dejó claro que la controversia planteada podía ser dirimida mediante el ejercicio de una acción prevista por la Ley. No es por lo tanto de recibo el planteamiento del libelo.

“2.3. EL FONDO DEL NEGOCIO.— Pero si la Sección Tercera del Consejo de Estado, encontrara que es procedente conocer del fondo del asunto, este despacho, se permite puntualizar:

“Ante todo conviene precisar la clase convenio entre la Beneficencia del Valle del Cauca y la Sociedad Hennio Publicidad Limitada:

“En el hecho 2o. de la demanda, se afirma que entre la Beneficencia del Valle y la actora, se inició un convenio a partir de tres de noviembre de 1978 “mediante el procedimiento de órdenes de trabajo y presentación de las cuentas una vez cumplida la orden. ...”.

“A folios 2 y siguientes del cuaderno No. 2, obran copias del estatuto de compras y suministros y de las normas que rigen la celebración de contratos del Departamento del Valle del Cauca —Decreto 1.620 del 29 de septiembre de 1977—, dicha preceptiva debía aplicarse de conformidad con lo previsto en su artículo 1o. entre otras entidades a los establecimientos públicos del orden departamental y evidentemente al caso *sub-judice*, dado que en la demanda se dice que el convenio celebrado entre las partes se inició bajo la gerencia del doctor Fabio Salazar Gómez, en el mes de noviembre de 1978, y culminó el 5 de enero de 1981, con la orden de cesación de pagos referida antes.

“El literal e) del artículo 18 del régimen contractual departamental antes comentado, indica que los contratos de prestación de servicios debían constar por escrito; requerían además licitación pública —art. 21 *ibidem*— aprobación y registro presupuestal de la Dirección de Presupuesto —art. 34 *ibidem*— y una vez obtenido el registro presupues-

SECCION TERCERA

tal, se debían constituir garantías —art. 36 *ibídem*— perfeccionado el contrato, procedía entonces su publicidad de la Gaceta Departamental por cuenta del contratista —art. 40 *ibídem*—.

“Al margen de lo anterior, la abundante prueba aportada al proceso, permite establecer que la sociedad actora, prestó los servicios de publicidad dirigidos a promover la venta de la Lotería del departamento. Sin embargo, el soporte que respalda la prestación de este servicio lo constituye, atendiéndose a los términos de la demanda: “el procedimiento de órdenes de trabajo ...” documentos estos indispensable para establecer la naturaleza de la obligación por parte de la administración, esta prueba documental, brilla por su ausencia, y que no se diga que fue reemplazada por la prueba testimonial, pues del análisis de ésta tampoco se deduce la naturaleza del convenio. En tales condiciones las peticiones de la demanda deben denegarse.

“3. CONCLUSION

“De todo lo anterior se concluye que debe revocarse la Sentencia de Primera Instancia bien para declararse inhibido de decidir en el fondo por falta de competencia o bien, si se opta por un pronunciamiento de mérito, para denegar las peticiones de la demanda”. (fls. 335-339, Cuaderno Principal).

— IV —

CONSIDERACIONES DE LA SALA

A) La sentencia proferida por el *a-quo* será confirmada pues el *ad-quem* encuentra que en el *sub-lite* quedó debidamente demostrada la caducidad de la acción. Para llegar a esta conclusión se impone un exámen previo de la conducta de las partes, entre el mes de diciembre de 1978 y el 30 de diciembre de 1980, en todo lo que tiene que ver con órdenes de propaganda y publicidad y pagos hechos por este concepto, pues es necesario definir si en puridad de verdad las relaciones entre las partes tuvieron la naturaleza de contractuales, o fueron simples situaciones de hecho, al margen del derecho. Una definición sobre tan importante particular incide, necesariamente, en el fenómeno de la caducidad, como se explicará más adelante. La realidad fáctica muestra que en el período citado se localizan dos situaciones bien diferenciadas, a saber:

1a.) Que entre diciembre de 1978 y diciembre de 1980, la Beneficencia del Valle le pagó a la firma Hennio Publicidad, por concepto de propaganda, la suma de DIECIOCHO MILLONES OCHOCIENTOS NUEVE MIL OCHOCIENTOS CUARENTA Y DOS PESOS CON CINCUENTA Y DOS CENTAVOS (\$18.809.842.52), según el dictamen pericial que obra a folios

123 y siguiente del Cuaderno No. 1, en el cual los auxiliares de la justicia ilustran al sentenciador dentro del siguiente temperamento:

“Se pudo comprobar mediante una rigurosa revisión de tipo Auditoría a los libros debidamente empastados que contienen los comprobantes de Egresos, que: Las facturas canceladas por la BENEFICENCIA DEL VALLE a HENNIO PUBLICIDAD, *están respaldadas todas absolutamente por los siguientes documentos que se anexan al respectivo comprobante de pago o cheque:*

1o.) El comprobante de egreso o pago

2o.) Las facturas de HENNIO PUBLICIDAD que se cancelan

3o.) Cada factura lleva anexo el medio por el cual se efectuó la propaganda o publicidad, que pueden ser: Todelar, Grupo Radial Colombiano, Caracol, R.C.N., revistas como Atalaya, Mercurio, Bóldos 2.000 y otros.

4o.) *El respectivo convenio o contrato de autorización de propaganda firmado por el Gerente de la Beneficencia del Valle y aceptada debidamente por Hennio Publicidad”.*

Como quedó demostrado ampliamente en la pregunta anterior, los pagos efectuados por la demandada, por concepto de servicios de publicidad a la parte Actora, *están amparados por su respectivo “Convenio de Autorización” de propaganda, que aparece suscrito por el representante de la BENEFICENCIA DEL VALLE y aceptado por HENNIO PUBLICIDAD,* a excepción de la Factura No. 1666 por valor de VEINTICINCO MIL PESOS (\$25.000.00) MC de fecha noviembre de 1980, la cual aparece debidamente cancelada mediante COMPROBANTE DE PAGO Nro. 39959, *pero carece del respectivo contrato, no obstante se observa que el Contrato o convenio escrito sí existe, pero fue desprendido del libro debidamente empastado.”* (Subrayas de la Sala).

Para la Sala, la relación entre las partes, que dio lugar al pago de los DIECIOCHO MILLONES OCHOCIENTOS NUEVE MIL OCHOCIENTOS CUARENTA Y DOS PESOS CON CINCUENTA Y DOS CENTAVOS (\$18.809.842.52), no le amerita comentario especial, pues sobre el particular no existe conflicto de intereses entre las partes. Observa sí que es el mismo procurador judicial de la parte demandada quien al proponer la excepción de “COBRO DE LO NO DEBIDO Y EVENTUAL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA” solicita “... la devolución de lo que de hecho se hubiere pagado ...”, manifiesta confesión de que la Beneficencia del Valle actuó, al margen de la ley, al reconocer el pago de la suma en antes citada.

El interés que tiene el estudio de la situación que se deja descrita, radica en la interpretación de la conducta de las partes, a lo largo de sus rela-

SECCION TERCERA

ciones comerciales, pues en más de una ocasión ella resulta de mayor interés que la de la propia ley. Más adelante se precisarán las consecuencias que de tal examen se vivencian por el sentenciador.

2a.) El universo de la segunda situación muestra que en el período transcurrido entre agosto de 1979 y noviembre 30 de 1980, Hennio Publicidad presentó a la Beneficencia del Valle, para su pago, 83 facturas, las cuales los peritos relacionan, en lo pertinente, así:

| "FECHA | "FACTURA No. | "VALOR | "VENCIMIENTO |
|-----------------|---------------------|---------------|---------------------|
| agosto 30-79 | 1501 | \$ 58.550.00 | octubre 30-79 |
| diciembre 30-79 | 1583 | 80.000.00 | febrero 28-80 |
| diciembre 30-79 | 1584 | 35.000.00 | febrero 28-80 |
| diciembre 30-79 | 1585 | 35.000.00 | febrero 28-80 |
| diciembre 30-79 | 1586-A | 20.000.00 | febrero 28-80 |
| noviembre 30-79 | 1587 | 35.000.00 | enero 30-80 |
| noviembre 30-79 | 1588 | 80.000.00 | enero 30-80 |
| noviembre 30-79 | 1589 | 35.000.00 | enero 30-80 |
| noviembre 30-79 | 1591 | 23.100.00 | enero 30-80 |
| noviembre 30-79 | 1592 | 23.100.00 | enero 30-80 |
| junio 30-80 | 1768 | 20.000.00 | agosto 30-80 |
| junio 30-80 | 1769 | 22.000.00 | agosto 30-80 |
| junio 30-80 | 1770 | 30.000.00 | agosto 30-80 |
| junio 30-80 | 1771 | 60.320.00 | agosto 30-80 |
| junio 30-80 | 1772 | 60.000.00 | agosto 30-80 |
| junio 30-80 | 1773 | 40.040.00 | agosto 30-80 |
| junio 30-80 | 1774 | 41.860.00 | agosto 30-80 |
| junio 30-80 | 1775 | 41.860.00 | agosto 30-80 |
| junio 30-80 | 1776 | 80.000.00 | agosto 30-80 |
| junio 30-80 | 1777 | 150.000.00 | agosto 30-80 |
| junio 30-80 | 1778 | 61.248.00 | agosto 30-80 |
| junio 30-80 | 1780 | 79.920.00 | agosto 30-80 |
| junio 30-80 | 1781 | 90.480.00 | agosto 30-80 |
| junio 30-80 | 1782 | 129.600.00 | agosto 30-80 |
| junio 30-80 | 1783 | 91.000.00 | agosto 30-80 |
| junio 30-80 | 1784 | 109.200.00 | agosto 30-80 |
| junio 30-80 | 1785 | 99.800.00 | agosto 30-80 |
| junio 30-80 | 1786 | 80.000.00 | agosto 30-80 |
| junio 30-80 | 1788 | 30.000.00 | agosto 30-80 |
| julio 30-80 | 1789 | 25.000.00 | septiembre 30-80 |
| julio 30-80 | 1790 | 22.000.00 | septiembre 30-80 |
| julio 30-80 | 1791 | 20.000.00 | septiembre 30-80 |
| julio 30-80 | 1792 | 30.000.00 | septiembre 30-80 |
| julio 30-80 | 1793 | 15.000.00 | septiembre 30-80 |
| julio 30-80 | 1794 | 60.000.00 | septiembre 30-80 |

| | | | |
|------------------|--------|------------|------------------|
| julio 30-80 | 1795 | 40.040.00 | septiembre 30-80 |
| julio 30-80 | 1796 | 41.860.00 | septiembre 30-80 |
| julio 30-80 | 1797 | 41.860.00 | septiembre 30-80 |
| julio 30-80 | 1798 | 60.320.00 | septiembre 30-80 |
| julio 30-80 | 1799 | 129.600.00 | septiembre 30-80 |
| julio 30-80 | 1800 | 90.480.00 | septiembre 30-80 |
| julio 30-80 | 1801 | 91.000.00 | septiembre 30-80 |
| julio 30-80 | 1802 | 109.200.00 | septiembre 30-80 |
| julio 30-80 | 1803 | 99.800.00 | septiembre 30-80 |
| julio 30-80 | 1804 | 150.000.00 | septiembre 30-80 |
| julio 30-80 | 1805 | 80.000.00 | septiembre 30-80 |
| julio 30-80 | 1806 | 61.248.00 | septiembre 30-80 |
| julio 30-80 | 1807 | 65.000.00 | septiembre 30-80 |
| julio 30-80 | 1808 | 400.000.00 | septiembre 30-80 |
| julio 30-80 | 1809 | 79.920.00 | septiembre 30-80 |
| agosto 30-80 | 1810 | 55.000.00 | octubre 30-80 |
| agosto 30-80 | 1811 | 22.000.00 | octubre 30-80 |
| agosto 30-80 | 1813 | 55.584.00 | octubre 30-80 |
| agosto 30-80 | 1814 | 164.500.00 | octubre 30-80 |
| agosto 30-80 | 1815 | 163.620.00 | octubre 30-80 |
| agosto 30-80 | 1816 | 55.584.00 | octubre 30-80 |
| agosto 30-80 | 1817 | 273.000.00 | octubre 30-80 |
| agosto 30-80 | 1818 | 38.800.00 | octubre 30-80 |
| agosto 30-80 | 1822 | 36.000.00 | octubre 30-80 |
| agosto 30-80 | 1823 | 105.000.00 | octubre 30-80 |
| agosto 30-80 | 1828 | 99.528.00 | octubre 30-80 |
| agosto 30-80 | 1830 | 70.560.00 | octubre 30-80 |
| agosto 30-80 | 1831 | 79.380.00 | octubre 30-80 |
| agosto 30-80 | 1832 | 31.500.00 | octubre 30-80 |
| agosto 30-80 | 1833 | 63.000.00 | octubre 30-80 |
| agosto 30-80 | 1834 | 48.600.00 | octubre 30-80 |
| agosto 30-80 | 1836 | 239.600.00 | octubre 30-80 |
| agosto 30-80 | 1837 | 20.000.00 | octubre 30-80 |
| agosto 30-80 | 1838 | 150.000.00 | octubre 30-80 |
| agosto 30-80 | 1839 | 80.000.00 | octubre 30-80 |
| agosto 30-80 | 1840 | 44.640.00 | octubre 30-80 |
| agosto 30-80 | 1841 | 59.400.00 | octubre 30-80 |
| agosto 30-80 | 1856 | 479.750.00 | octubre 30-80 |
| septiembre 30-80 | 1873 | 33.120.00 | noviembre 30-80 |
| septiembre 30-80 | 1877 | 300.000.00 | noviembre 30-80 |
| septiembre 30-80 | 1877-A | 300.000.00 | noviembre 30-80 |
| septiembre 30-80 | 1877-B | 300.000.00 | noviembre 30-80 |
| septiembre 30-80 | 1878 | 15.000.00 | noviembre 30-80 |
| septiembre 30-80 | 1879 | 60.000.00 | noviembre 30-80 |
| septiembre 30-80 | 1880 | 183.650.00 | noviembre 30-80 |
| septiembre 30-80 | 1881 | 145.000.00 | noviembre 30-80 |

SECCION TERCERA

| | | | |
|------------------|------|-----------------|-------------------------|
| septiembre 30-80 | 1886 | 66.352.00 | noviembre 30-80 |
| septiembre 30-80 | 1887 | 64.800.00 | noviembre 30-80 |
| | | \$ 7'357.364.00 | (fls. 42-44, C. No. 3). |

En el dictamen, que obra a folios 150 y siguientes del cuaderno Nro. 3, se destaca luego:

“Los suscritos pudieron verificar que a la fecha se encuentran impagadas facturas por un monto de SIETE MILLONES TRESCIENTOS CINCUENTA Y SIETE MIL TRESCIENTOS SESENTA Y CUATRO PESOS (\$7.357.364.00), relación que se adjunta y se soporta con las fotocopias de las facturas registradas en la contabilidad de la Sociedad “HENNIO PUBLICIDAD LTDA.”

Al aclarar su dictamen, los citados peritos reiteraron:

“No se encontraron en los archivos de la Sociedad los contratos de ejecución emanados por la Beneficencia del Valle”, pues al realizar la Diligencia de Inspección Ocular practicada por la H. Magistrada a las oficinas de HENNIO PUBLICIDAD LTDA., consta en el Acta respectiva que suscribió el mismo señor Apoderado, que se revisaron los Libros así como los Auxiliares, los que encontramos correctamente llevados de acuerdo a las normas contables y no presentan borrones, interlineaciones, tachones, enmendaduras que afectaran la validez de los mismos, y de ellos extractamos los pagos que la Beneficencia le hizo a la citada Sociedad desde noviembre de 1978, como también las facturas que a esa fecha abril 26 de 1985, no se le habían cancelado. El informe rendido por nosotros se ajusta a la más estricta realidad de los hechos que pudo constatar el Despacho a su digno cargo, y nos parece extraño que ahora se pregunte por unos hechos que repetimos, quedaron suficientemente claros en nuestro concepto, al igual que en el Acta de la diligencia mencionada ...

.....

“Las facturas que aparecen como no pagadas por la Beneficencia del Valle, y a favor de HENNIO PUBLICIDAD LTDA., como se dejó indicado antes, no tienen orden escrita o Contrato, pero sí indican la clase de servicios que se le prestó por la Sociedad y el valor correspondiente a su favor y a cargo de la entidad oficial mencionada, y habida consideración de que aparecen debidamente contabilizadas en los libros de que antes se da cuenta, son el fundamento de nuestro concepto”. (fls. 183-184, Cuaderno No. 3).

B) Dentro del perfil probatorio anterior, no hay espacio para la duda que le impida al *ad-quem* concluir que el pago de los DIECIOCHO MILLONES OCHOCIENTOS NUEVE MIL OCHOCIENTOS CUARENTA Y DOS PESOS CON CINCUENTA Y DOS CENTAVOS (\$18.809.842.52), respecto del cual no hay conflicto de intereses, tuvo su apoyo en las facturas presentadas por la firma demandante y en el respectivo convenio o contrato de autorización de propaganda cuya legalidad o ilegalidad no se está discutiendo. Pero en la valoración de la conducta humana, que juega, para examinar, a la luz de la buena fe, lo que las partes esperaban, la una de la otra, sí es oportuno recordar que en el texto del documento que autorizaba a la propaganda la LOTERIA DEL VALLE, con aceptación escrita del Señor HENNIO GARCIA, se estampaba la siguiente nota:

“Advertimos a usted(es) que al ser presentada la cuenta para su cobro debe ADJUNTARSE ESTA AUTORIZACION, REQUISITO SIN EL CUAL NO SERA CANCELADA. Además notificamos a usted(es) que la presente autorización no es prorrogable.

Atentamente

aceptada

LOTERIA DEL VALLE
SALAZAR GOMEZ – Gerente.

HENNIO PUBLICIDAD”

Situación bien distinta se registra respecto de las Facturas que en fotocopia obran a folios 66 y siguientes del Cuaderno Nro. 3, presentadas por HENNIO PUBLICIDAD a la BENEFICENCIA DEL VALLE, las cuales sumadas montan SIETE MILLONES TRESCIENTOS CINCUENTA Y SIETE MIL TRESCIENTOS SESENTA Y CUATRO PESOS (\$7.357.364.00), cuyo pago se demanda a lo largo de este proceso, pues como bien lo verificaron los peritos, ninguna de ellas está respaldada por los contratos “*DE EJECUCION EMANADOS DE LA BENEFICENCIA DEL VALLE*” (C. 3, folio 151), a la manera que se observa en la autorización que obra en el Cuaderno No. 3 fol. 141. Agrégase a esta verdad que los distintos declarantes, dentro del proceso, manifestaron no conocer el alcance de ninguna relación contractual de la firma demandante con la Beneficencia del Valle. Entre ellos se destacan:

RAFAEL PAYAN SOTO

Fue Gerente de Caracol y R.C.N. y manifiesta haber tenido negocios con la firma HENNIO PUBLICIDAD. “PREGUNTADO ... conoce usted contrato escrito o convenio escrito entre la Beneficencia del Valle y la sociedad HENNIO PUBLICIDAD LTDA.” CONTESTO: Bueno en nuestro medio nunca se acostumbra exigirles a las agencias este documento porque por lo regular ellas piden un cupo de X número de millones con respaldo de una fianza hipotecaria, por consiguiente nosotros no lo exigimos ... *NO CONOCI CONTRATO ESCRITO*”.

MARIO ALFONSO ESCOBAR

Fue Gerente de la empresa "Grupo Radial Colombiano" y tuvo con la firma demandante varias relaciones de tipo publicitario. Interrogado sobre la existencia del contrato, expuso: "... la relación o el convenio suscrito entre la lotería y Hennio Publicidad lo desconozco porque nuestra relación con la Agencia o cualquier agencia de publicidad del País, consiste en recibir una orden, pactar un precio de acuerdo a nuestras tarifas y el descuento que se pacta con la Agencia".

JOSE ALFARO ERAZO DELGADO

Fue Secretario General de la Beneficencia del Valle y en tal carácter le correspondió recibir a Dn. Hennio García, quien le presentó un plan publicitario destinado al lanzamiento de un nuevo plan de premios de la Lotería del Valle. "PREGUNTADO: Sírvase decirnos si Ud. conoció la existencia de algún contrato celebrado por el Gerente de la Beneficencia, con o sin autorización de la Junta por razón de que o de la que Ud. califica menor cuantía, que hubiese sido celebrado con la firma Hennio Publicidad Ltda. CONTESTO: *No conozco contrato alguno ni recuerdo celebraciones de contrato de esa índole.* PREGUNTADO. Sírvase decirnos si Ud. conoció al menos la existencia de algunas órdenes escritas dirigidas por la Beneficencia y específicamente por su Gerente a la firma Publicitaria ya mencionada en la que le solicitase llevar a cabo las gestiones de publicidad del establecimiento público. CONTESTO: No, porque no era de la incumbencia de la oficina a mi cargo".

OSCAR HINESTROZA MEJIA

Fue Director de Asistencia Pública de la Beneficencia del Valle, administrador de empresas y en lo pertinente de su declaración, dijo:

"... La Empresa Publicidad Hennio antes a mi ingreso a la Beneficencia ya venía manejando parte de la publicidad, no conozco o no conocía el contrato celebrado entre ambas pues ésto era facultad sino del Gerente o de la Junta Directiva dependiendo su cuantía ...".

EDUARDO RUEDA SANTOS

De profesión radiodifusor, quien confiesa haber tenido negocios de publicidad con el Señor Hennio García, fue Gerente Regional de Caracol y Director de Asomédios, dijo: "PREGUNTADO: Díganos Dr. Rueda, si Ud. conoció la propaganda o publicidad adelantada por "HENNIO PUBLICIDAD LTDA." en favor de un nuevo plan de la Lotería del Valle y en caso afirmativo sírvase decir al Tribunal lo que Usted sepa en relación con este compromiso. CONTESTO: Sí, efectivamente en esa época y en mi doble

condición de Gerente Regional de Caracol y Director de ASOMEDIOS capítulo de Cali tuve que enterarme muy a fondo de ese negocio porque fui contratista directo de Hennio Publicidad en Caracol y simultáneamente y para efectos de representar a otros medios de comunicación en el cobro de las cuentas correspondientes actué como Director de Asomedios. Los medios de comunicación cumplimos las correspondientes órdenes publicitarias ordenadas por Hennio Publicidad en relación con el mencionado plan y por consiguiente se presentaron a esa Firma las correspondientes facturas de cobro conforme a las órdenes recibidas. Sin embargo la agencia se vio en dificultades para dar cumplimiento oportuno al pago de esas facturas debido a que la Beneficencia por razones que no interesaban a los medios se negaba a pagarle a Hennio Publicidad el monto de esas negociaciones. El señor Hennio García de manera personal y directa y para respaldar las órdenes que él había enviado tuvo que entrar en arreglos con los diferentes medios para dar cumplimiento con ellos a los compromisos adquiridos. Recuerdo que una de las maneras como se trató de arreglar el problema fue haciendo que la propia Beneficencia cancelara a los Medios de manera directa esas sumas y verbalmente se llegó a ese acuerdo con el Gerente de ese entonces de la Beneficencia el Dr. Carlos Lozano inclusive se hicieron los endosos de las facturas para zanjar satisfactoriamente esa situación. Sin embargo, transcurría el tiempo y cuando no se logró que la Beneficencia pagara los medios el propio Dr. Lozano le dijo al suscrito que la Contraloría no había aprobado ese tipo de arreglos y que por consiguiente deberíamos insistir en que Hennio Publicidad nos cancelar (sic) directamente esas cuentas, por cierto ya muy atrasadas. Allí me tocó actuar repito en mi doble condición de Gerente de Caracol y de Director de Asomedios dándole todas las facilidades a la Agencia para que cumpliera con la obligación adquirida y me consta que el señor Hennio García dio cumplimiento a los convenios que individualmente hiciera con cada medio de comunicación, hasta donde entiendo de los propios recursos de la agencia o personales sin que la Beneficencia hubiera reconocido ese pago al señor García. PREGUNTADO: Como Ud. lo acaba de afirmar Dr. la Beneficencia del Valle siempre reconoció la obligación surgida del convenio de publicidad entre ella y Hennio Publicidad. CONTESTO: Sí, absolutamente sé que ese convenio existió porque nosotros los Medios adelantamos la campaña ordenada porque posteriormente facturamos a Hennio Publicidad con cargo a ellos pero según órdenes del cliente, en este caso la Beneficencia, porque además nos vimos precisados a conversar en muchas oportunidades con el Dr. Lozano y porque llegamos tal como lo refiero en mi respuesta anterior a convenir con él un arreglo directo que después no se pudo cumplir. Por todo esto no me cabe la menor duda de que esa relación comercial entre la Beneficencia y Hennio Publicidad existía. ...

.....

“Sírvase decirnos Doctor Rueda, si se acuerda cuáles fueron las razones que le diera el Dr. Carlos Lozano por las cuales la Junta de la Beneficencia en la, o, y la Contraloría Departamental no autorizaron el arreglo verbal

que el Dr. Lozano, según su versión, había hecho con los medios para el pago de las cuentas que a éstos adeudada (sic) la firma Hennio Publicidad. CONTESTO: El Doctor Lozano nos dijo en esa ocasión, que por no haberse llenado el total de los requisitos internos reglamentarios entre la Beneficencia y Hennio Publicidad la Junta se negaba a autorizar el pago, problema al cual éramos ajenos los medios de comunicación. PREGUNTADO: Dr. Rueda en una de sus anteriores respuestas Usted manifestó que “en algunas oportunidades los contratos y órdenes de publicidad se hacen de manera directa entre esas entidades (de derecho público) y los medios de comunicación”. Dada su amplia experiencia en el manejo de medios sírvase decirnos si éstos aceptan llevar a cabo campañas publicitarias de las entidades de derecho público en virtud de las solicitudes verbales que los funcionarios de esas entidades les formulan CONTESTO: No, los medios de comunicación no inician campañas publicitarias que sean ordenadas verbalmente por un funcionario público o del sector privado en todos los casos éstas órdenes o contratos deben estar respaldadas por escrito y con la firma de la persona o personas responsables sean esas personas jurídicas o naturales. PREGUNTADO: Sírvase informarnos si cuando la Firma Hennio Publicidad solicitó a los medios que Ud. manejaba la prestación de servicios relacionados con campañas de interés, la Beneficencia del Valle hizo conocer de Ud. lo contratos y órdenes de publicidad de la Beneficencia en cuya virtud dicha firma solicitaba tal prestación de servicios. CONTESTO: No, porque no era de incumbencia de los medios conocer la relación comercial que existía entre Hennio Publicidad y la Beneficencia y quien se hizo responsable ante los medios con sus órdenes y contratos fue Hennio Publicidad a quien todos los medios le cobramos posteriormente las facturas que generaron esos mismos contratos quiere esto decir que el compromiso lo adquirieron Hennio publicidad y los Medios por órdenes escritas recibidas de ésta aclaro de élla hacía estos. Es todo”. (fls. 164-169, cuaderno No. 3).

C) A la luz del acervo probatorio que se deja enlistado, y que la Sala valora en todo su universo, se impone concluir que las facturas impagadas, por un monto de SIETE MILLONES TRESCIENTOS CINCUENTA Y SIETE MIL TRESCIENTOS SESENTA Y CUATRO PESOS (\$7.357.364.00), no encuentran respaldo en ninguna RELACION CONTRACTUAL, y, por lo mismo, la presente controversia no tiene esa naturaleza. Ni de la prueba testimonial, ni de la pericial, ni del mismo interrogatorio de parte que se le hizo al demandante, señor HENNIO GARCIA aparece el nacimiento del acto jurídico, con sus requisitos esenciales de capacidad, consentimiento, objeto y causa. Todo el acervo probatorio muestra una SITUACION DE HECHO, respecto de la cual la Sala se pronunciará más adelante. El mismo demandante, al contestar el interrogatorio que se le formuló, dentro del proceso civil, y que el *ad-quem* aprecia, confesó, entre otras cosas, las siguientes:

“Diga el absolvente, sí o no, si es cierto que para contratar con estas entidades públicas descentralizadas que se acaban de mencionar, ¿Ud. se ha

tenido que ceñir y someter a todos los trámites ordenados por la ley y Decretos? CONTESTO: No es cierto. En primer lugar porque en las licitaciones a que me refiero en la pregunta anterior no se me ha adjudicado por medio de licitación alguna, ninguna cuenta publicitaria de tal manera que desconozco los requisitos que pudiera exigir una organización en tal sentido en materia de licitaciones. TERCERA. Diga el absolvente si es cierto sí o no, bajo la gravedad del juramento que ha prestado, de que cuando le han adjudicado estas Entidades trabajos de prestación de servicios publicitarios para propaganda, se ha tenido que someter a todos los requisitos legales que dichas entidades exigen? CONTESTO: No es cierto. La agencia de publicidad que yo represento ha convenido con sus representantes mediante contrato consensual en desarrollo de campañas de publicidad todos los planes sobre publicidad, es decir que siendo contratos consensuales no puedo ni tengo porqué conocer la reglamentación que puedan (sic) existir distintas a mi contrato consensual. CUARTA. Diga el absolvente, sí o no, que como Agente publicitario que es en el Valle del Cauca conoce el Estatuto de Contratación en todas sus modalidades. CONTESTO: No es cierto. No conozco los contratos y sus derivaciones distintos al mecanismo de mi Empresa. QUINTA. Diga el absolvente, sí o no, bajo la gravedad del juramento que ha prestado si sabe que para contratar con las Entidades del Departamento servicios publicitarios o de propaganda, tiene que someterse a cumplir estrictamente todos los requisitos que exige el Estatuto de Contratación y los Estatutos que rigen dicha entidad? CONTESTO: No es cierto ... No es cierto que yo haya hecho contratos escritos con la Beneficencia del Valle porque una cosa es Entidades oficiales exijan contratos escritos y otra cosa es el contrato consensual que realicé con la Beneficencia a través de su Gerente. Quiero demostrarle con el debido respeto al señor Juez que la Agencia de publicidad que yo represento tiene un modo de operar a través de presupuestos que se presentan los clientes en el caso concreto de la Lotería del Valle el Dr. Fabio Salazar Gómez en representación de la Beneficencia del Valle y el suscrito en representación de Hennio Publicidad celebraron contrato consensual para cuyo mecanismo se acordaron presupuestos parciales que en la continuidad de la publicidad fueron siendo eliminados pero reconocidos por los distintos Gerentes a través de los pagos que se le hicieron a las distintas campañas de publicidad que se presentaron a dicha entidad como lo demuestra cada uno de los abonos contenidos en el proceso que se sigue y que hacen referencia a pagos parciales de las distintas campañas de publicidad. No puede ser posible para referirme a un caso concreto que mi firma deliberadamente eleve un plan de premios de seis millones de pesos a doce millones de pesos, la beneficencia lo acoja, lance su plan publicitario a través de todos los medios a través de mi Empresa ... me haga abonos sobre la misma campaña y ahora resulte desconociéndolos. OCTAVA. Diga el absolvente si sabe y le consta sí o no, ¿cuánta es la cuantía de acuerdo con el Estatuto de Contratación del Valle, para que los contratos consten por escrito? CONTESTO: No es cierto. Ni tengo porqué saber las reglamentaciones de esa o cualquier empresa que comercie con la mía. NOVENA. Diga el absol-

vente si es cierto, sí o no, que hace varios años como representante de la sociedad Hennio Publicidad Limitada viene celebrando contratos por escrito con la Beneficencia del Valle cuando le han sido adjudicadas las licitaciones privadas? CONTESTO: No es cierto, que a mi agencia de publicidad le hayan adjudicado licitaciones privadas porque como lo dije en una de las preguntas que me formularon mi agencia de publicidad no ha prestado servicios a la Beneficencia del Valle por licitaciones ni por contratos escritos sino por contratos consensuales”.

EL CONTRATO CONSENSUAL a que hace referencia el Sr. HENNIO GARCIA, al contestar el interrogatorio que se le formuló, no podía ser tal, a la luz de la ley y el derecho, como también se explicará más adelante. Por ello la SITUACION DE HECHO, que indiscutiblemente existió entre la Beneficencia del Valle y la Sociedad demandante, no se deja manejar con la filosofía contractual, y, por lo mismo, no puede aplicarse, al caso en comento, la tesis de LA PRESCRIPCION de veinte años, que de haber existido el negocio jurídico, permitiría llegar a la conclusión de que la demanda fue instaurada en tiempo.

D) Descartada la posibilidad de que la presente controversia tenga alcance contractual, se impone estudiar las distintas circunstancias del caso, como una SITUACION DE HECHO, perspectiva jurídica que fluye de la misma demanda, en la cual, y bajo el rubro “LA EXPRESION DE LAS DISPOSICIONES QUE SE ESTIMAN VIOLADAS Y EL CONCEPTO DE LA VIOLACION”, se lee:

“De los hechos antes expresados se infiere con meridiana claridad que la relación contractual existente entre la BENEFICENCIA DEL VALLE, y la persona Jurídica “HENNIO PUBLICIDAD LIMITADA”, era la regulada y definida en los Artículos 132 y siguientes del Decreto Departamental No. 1620 de 1979 “Por el cual se expide el Estatuto de Compras y Suministros y se dictan normas para la celebración de Contratos por parte del Departamento y sus Entidades Descentralizadas”, que tratan del Contrato de prestación de Servicios, pero por la modalidad que esta contratación de servicios de publicidad se le dio, se convino y desarrolló al margen del formalismo legal establecido para el Contrato Administrativo mencionado, procedimiento que mi mandante por obvias razones no estaba obligado a exigir, máxime cuando en el desarrollo del convenio no era menester que la Administración le diera anticipos de dinero, ni éste requería la constitución de fianzas para responder por dineros recibidos a buena cuenta del Contrato, pues su compromiso era de resultados en cumplimiento de la promoción de un programa publicitario a la Lotería del Valle que se adelantó mediante créditos asumidos por mi mandante con los medios de publicidad social (Prensa, Radio etc.). De lo único que estaba informado mi mandante era de la aprobación del programa de publicidad por parte de la

Junta Directiva, y la existencia de la apropiación presupuestal para el cumplimiento de este compromiso. No puede ahora la administración con fundamento en su propio error negar su obligación contractual a favor de mi mandante. ...

.....

Mi mandante obró lícitamente conforme a la norma constitucional establecida en el Artículo 20, pues como particular que es, sólo responde de la infracción positiva de los estatutos legales, y como antes se indicó, no podía exigir el cumplimiento de normas de procedimiento que la Administración era la única obligada a observar, y desconocerle su derecho al pago de su trabajo lícito constituye un vulgar atropello, colocándolo a sabiendas en una situación de insolvencia". (Fls. 59-51, cuaderno principal).

La definición del presente conflicto de intereses, dentro de esta nueva perspectiva, reviste interés para decidir el aspecto relacionado con la CADUCIDAD, pues a la luz de lo que preceptuaba el artículo 68, de la Ley 167 de 1941, vigente en el momento en que se presentó la demanda, era posible pedir el restablecimiento del derecho cuando la causa de la violación fuera *UN HECHO o UNA OPERACION ADMINISTRATIVA*. Por lo demás, el apoderado de la parte actora, consciente de las dificultades de manejo jurídico que el presente asunto registraba, a la luz de la filosofía contractual, no vaciló en apoyar también su demanda en la teoría del ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA, que necesariamente demanda la inexistencia del contrato, pues las dos fuentes de las obligaciones se repelen, esto es, no se dejan manejar simultáneamente, sin incurrir en vivencias de contradicción. En apoyo de este perfil jurídico está la jurisprudencia de la Sala que en sentencia de once (11) de diciembre de mil novecientos ochenta y cuatro (1984), Expediente Nro. 4070, Actor: Madriñán Micolta y Cía. Ltda., Consejero Ponente, Dr. Carlos Betancur Jaramillo reiteró la pauta jurisprudencial que permite manejar ciertas circunstancias de HECHO, a la luz de la teoría del enriquecimiento sin causa. En el referido proveído se discurre, en lo pertinente, dentro del siguiente perfil:

"No existió una relación contractual en el período cuestionado, porque sólo se dio una *RELACION DE HECHO* propiciada por Ad-Postal por razones de buena administración y que nada tenía que ver con la celebración del contrato adjudicado mediante la resolución 1171 de 10 de mayo de 1982 y que gobernó las relaciones de las partes a partir del 25 de agosto de ese año ... La situación de hecho, como se explicó, la creó la demandada, la que en todo momento fue consciente de que sólo así podía sortear la falta de vigilancia. Y la creó porque no tenía otra alternativa de servicio que evitara los daños irreparables que su conducta pasiva de seguro hubiera producido en los bienes sometidos a su custodia. Trató por ese medio de salvar una situación de emergencia, con la persona más indicada para el efecto y que estaba

más a la mano, cual era Madriñán, Micolta y Compañía Ltda. —Patrol—; a quien precisamente, le acababa de adjudicar un contrato de vigilancia pero que, por circunstancias de procedimiento, no podía iniciar inmediatamente su ejecución. De allí que ante la perspectiva de dejar los cuantiosos bienes de la entidad estatal sin protección alguna, resolvió apelar a una vigilancia provisional, de emergencia, justificada a todas luces. La desprotección de los bienes pertenecientes a un servicio tan vital para la marcha del Estado, por razones de mero procedimiento, no habría tenido presentación alguna y hubiera de seguro causado mayores perjuicios para la colectividad ... Lo expuesto muestra, asimismo, que la nota de subsidiaridad que se le imputa a la *actio in rem verso* se da en el presente caso. En tal sentido y a falta de una acción específica no cabía otra que la escogida por la demandante. Además, dado el carácter de comerciante que ostenta la actora, el artículo 831 del C. de Co. viene a reforzar aún más la acción intentada, al disponer que “nadie podrá enriquecerse sin justa causa a expensas de otro”. Debe, entonces, como se expuso atrás, *enfocarse la conducta de la administración como un hecho; perjudicial para la sociedad que prestó un servicio de suyo oneroso sin percibir contraprestación alguna y favorable para la entidad pública que se lucró de dicho servicio.*

Considera la Sala que la actora tiene la razón y deberá ser restablecida en su derecho hasta concurrencia de su empobrecimiento, *ya que se acreditaron suficientemente los presupuestos para la procedencia de la actio in rem verso.* Se comprobó que aquélla prestó el servicio de vigilancia durante el período mayo 16 — agosto 25 de 1982, dentro de los requerimientos exigidos. Igualmente se demostró que Ad-Postal nada ha pagado por ese concepto, enriqueciéndose con su omisión, con lo que se evidencia de paso el empobrecimiento o el perjuicio sufrido por la empresa que prestó el servicio” (Subrayas de la Sala).

Dentro de la perspectiva que se deja expuesta, el *ad-quem* precisa que al definir el caso en comento, como una *SITUACION DE HECHO* encuentra que la acción está caducada, pues cuando se presentó la demanda ya habían transcurrido los tres años que la ley daba para instaurar la acción. En el anexo presentado por los peritos Señores JESUS MESIAS ZAPATA R. y NICOLAS GOMEZ, que obra al folio 42 y ss.ss. del cuaderno No. 3, se hace la relación de las facturas no pagadas, su valor, su fecha de vencimiento, tiempo vencido, intereses y valor de intereses de mora, que totalizan por simple capital la suma de SIETE MILLONES TRESCIENTOS CINCUENTA Y SIETE MIL TRESCIENTOS SESENTA Y CUATRO PESOS (\$7.357.364.00) y por intereses DOCE MILLONES DIEZ MIL SETECIENTOS NOVENTA Y OCHO PESOS CON TREINTA Y OCHO CENTAVOS (\$12.010.798.38), para un gran total de DIECINUEVE MILLONES TRESCIENTOS SESENTA Y OCHO MIL CIENTO SESENTA Y DOS PESOS CON TREINTA Y OCHO CENTAVOS (\$19.368.162.38), y sin lugar a espacios para la duda, se concluye que las diez últimas facturas del paquete se presentaron

para su pago, a la Beneficencia del Valle, el día treinta (30) de septiembre de mil novecientos ochenta (1980), y que han debido ser pagadas el día treinta (30) de noviembre del mismo año, esto es, dos meses después. A partir de este momento, en el tiempo físico, los peritos liquidan intereses por mora, realidad fáctica que define bien el momento a partir del cual se deben empezar a contar los tres años, que no es otro que el últimamente indicado. Como el libelo se presentó el día 12 de diciembre de 1983, es incuestionable que operó el fenómeno jurídico de la CADUCIDAD.

No está por demás agregar que el dictamen no fue objetado por ninguna de las partes, y que dado su universo, se constituye en medio probatorio importante para la definición del presente conflicto de intereses.

E) En este momento del discurso cabe reiterar que, dentro de la óptica que se deja expuesta, el asunto no se deja manejar como contractual, lo que impide poner en marcha la filosofía de la prescripción; y que estudiado el diferendo, como SITUACION DE HECHO, la acción se encontraba caducada cuando se presentó la demanda. Para la Sala no existe duda de que la firma HENNIO PUBLICIDAD LIMITADA sí prestó los servicios que a través de este proceso impetra que se le paguen, pero al demandar la aplicación de justicia, lo hizo por fuera del término que la ley le brindaba para ello. Esta realidad explica que su negligencia, dilatada en el tiempo, comprometió la exigibilidad de su derecho, dando entrada así a las llamadas OBLIGACIONES NATURALES, que son aquéllas que no dan acción para exigir su cobro pero que pagadas voluntariamente autorizan para retener lo pagado. El *ad-quem* verifica que, en el caso en comento, la firma demandante es víctima de su INFORMALIDAD para celebrar sus negocios con la administración. Es incuestionable que a la luz de lo preceptuado en los artículos 132 y siguientes del Decreto 1620 de 29 de septiembre de mil novecientos setenta y siete (1977), que recoge la normatividad aplicable para la contratación del Departamento (Secretarías, Departamentos Administrativos y Fondos), y también para los Establecimientos Públicos del orden departamental, la propaganda y publicidad confiada a la firma demandante se orientaba al desarrollo de actividades relacionadas con la atención de los negocios de la Beneficencia del Valle, y, por lo mismo tenía el universo de los contratos de PRESTACION DE SERVICIOS, que a la luz de lo dispuesto en los artículos 134 y 135 del mismo estatuto, deben celebrarse dentro del siguiente marco:

1o.) No pueden tener un plazo superior a dos años;

2o.) Los que tengan duración superior a tres (3) meses o remuneración superior a \$100.000 (cien mil pesos), requieren concepto del Consejo de Gobierno, y de la autorización previa para celebrarlos, del Gobernador del Departamento, aún en el caso de que la Entidad contratante sea una entidad descentralizada.

No obstante la claridad de la anterior normatividad, tanto a la administración como al contratista les dio por hacer *FRAUDE A LA LEY*, buscando el nacimiento de un derecho a través de una norma que no es la correctamente aplicable. Con esto se quiere significar que ambas partes buscaron encuadrar su conducta negocial, desde el inicio de sus relaciones, esto es, desde diciembre de 1978 hasta diciembre de 1980, dentro de la autorización consagrada en el artículo 37 del Decreto 1620 de 1977, para los casos en que la prestación del servicio tiene un monto igual o superior a cien mil pesos (\$100.000.00) y una duración no superior a tres meses. Transitando por este sendero lograban pretermitir el concepto del Consejo de Gobierno y la autorización del Gobernador del Departamento. Sólo así se explica que la mayoría de las cuentas, que fueron pagadas, y también de las que no lo han sido, figuren por montos inferiores a la suma en antes indicada y que en un mismo mes se presenten 34 cuentas de cobro (mayo de 1979). También que haya sido posible el manejo de una *RELACION DE HECHO*, contraria al derecho, desde diciembre de 1978 y hasta diciembre de 1980, esto es, durante dos años, eludiendo la normatividad que dispone que para los contratos de prestación de servicios superiores a tres (3) meses se requiere también el concepto del citado organismo y de la primera autoridad del departamento. Esa conducta no ajustada a la ley es la que permite concluir que hubo fraude al derecho. Por algo se enseña que éste consiste en una alteración de la finalidad que se orienta a contrariar, con un cierto resultado jurídico, admisible de suyo, la significación reconocida de otra figura jurídica distinta.

Pero la informalidad de la firma demandante no se detuvo en la tarea de eludir la aplicación de la norma correcta, para buscar la de cobertura, sino que a lo largo de la *SITUACION DE HECHO* se olvidó de cumplir con las formalidades que la práctica le impuso al principio, cuando solía pedir a la Beneficencia del Valle la autorización para hacer la publicidad. Al folio 141 del cuaderno Nro. 1, aparece la carta que la Lotería del Valle le envió a la firma demandante, el día 10. de septiembre de mil novecientos setenta y nueve (1979), en la cual, y en lo pertinente se lee:

“Señor (es)

HENNIO PUBLICIDAD

Cali.

En atención a su solicitud, nos permitimos autorizarlo (s) para la publicidad radial de 15 anuncios noticiosos ...”.

Como ya se anotó en uno de los apartes de este fallo, al pie de tal autorización se dejaba una constancia, suscrita por las dos partes, de cuya lectura se desprende que a la cuenta de cobro debe adjuntarse la citada autorización, requisito sin la cual no será cancelada. Se agrega, en ella, que la “... *AUTORIZACION NO ES PRORROGABLE*”. Así las cosas, cabe preguntar: Si las partes ya se habían ingeniado el procedimiento para burlar la ley, y habían

puesto en marcha uno para hacer las cosas a su gusto, ¿por qué causa, motivo o razón no se siguió siquiera ese mismo procedimiento para tramitar las cuentas que ahora se cobran y que montan más de siete millones de pesos por solo capital? De la valoración del acervo probatorio queda la fuerte convicción de que la firma demandante, acostumbrada a ser tan informal como la Beneficencia del Valle, para eludir la ley, optó a lo último por serlo también en el procedimiento de hecho que ambas partes pusieron en marcha. Sólo así se explica que no se haya podido probar el respectivo convenio o contrato de autorización, que, como lo destacan los peritos, siempre acompañó a las cuentas que se pagaron por un monto de más de dieciocho millones de pesos. Queda el sabor de que HENNIO PUBLICIDAD LTDA. hizo la propaganda, que ahora cobra, a la brava, convencida de que podía hacerlo todo a su sola voluntad. Por ello cabe predicar que su conducta no fue CLARA, INEQUIVOCA y VERAZ sino CONFUSA, EQUIVOCA O MALICIOSA. Por ello no merece protección jurídica, pues como lo enseña WIEACKER, "... solamente la propia fidelidad jurídica puede exigir fidelidad jurídica".

Nuevamente se encuentra la Sala frente a uno de los muchos casos en que tanto la administración como el particular demandante ponen en marcha la llamada HIPOTESIS DEL NO DERECHO, que lleva a las personas a obrar contra el derecho; para luego demandar que se les proteja, en la situación de hecho, que a su sola voluntad buscaron y crearon. Esa orientación dañina es la que lleva a los invasores de tierras a impetrar que se les conserve en la posesión quieta y pacífica de ellas, y al que toma lo ajeno a que no se le desconozca la situación de hecho que acaba de crear en perjuicio del verdadero dueño. Por ello los asesinos detenidos imploran que se les respete la vida, que ellos no respetaron; y los que optaron por manejar RELACIONES DE HECHO, con la administración, para no cumplir con las normas sobre contratación administrativa, que se les reconozca el pago de lo que hicieron, pero que en puridad de verdad no han debido hacer. Como lo enseña el Profesor JEAN CARBONNIER, los amigos del NO-DERECHO tienen necesidad de regresar a él para pedir que se aplique en todo su universo. Por ello el ilustre maestro recuerda:

"... la aventura pudo revelar una de las mayores dificultades del no-derecho: la dificultad de mantenerse en él. Nada más natural: muchos de los que se refugian en el no derecho sienten enseguida la tentación de unir a sus ventajas algunos de los beneficios del derecho. Las parejas no casadas quieren establecer un régimen matrimonial, y las asociaciones de anarquistas registrar sus estatutos ..." (Derecho Flexible. Editorial Tecnos, Pág. 61).

Quede, pues, bien en claro, que la Sala no desconoce que la firma HENNIO PUBLICIDAD llevó a cabo la publicidad que cobra a través del presente proceso. Si no se hace reconocimiento alguno, es porque la acción

está caducada, como ya se explicó en antes, y porque de no estarlo, el derecho del demandante estaría bien cuestionado y comprometido a la luz de la ley y el derecho, por no haber ajustado su comportamiento a éste. Casos como el presente son los que testimonian que el manejo de la contratación administrativa no es malo por falta o deficiencia de la ley, sino por carencia de personas serias, tanto en la administración como en el área particular, que comprendan que ella no puede hacerse **INFORMALMENTE** sino con respeto de la norma general, impersonal y abstracta. Buenas leyes con malos administradores, generan resultados malos. Quizás sea preferible una ley mala, con un administrador bueno, ya que éste puede, aplicando la lógica de lo razonable, hacerle producir sonidos saludables a la normatividad cuestionada.

F) A manera de pedagogía jurídica y judicial, y 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 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 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 1936 XLIV, 435, la alta Corporación recordó:

“La acción de *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 mediando ambos y relacionándose entre sí, **PUEDA 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 1994 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 se ha dado por una causa u objeto ilícito (art. 1525 del C.C.)” (Teoría General de las Obligaciones. Volumen 1. Editorial Temis 1953, 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 1984, 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.

G) Dada la informalidad con que con frecuencia se litiga, la Sala desea dejar en claro que en el *sub-lite* la demanda es también INEPTA, pues el actor acumuló dos acciones que no son acumulables, la contractual y de la *in rem verso*. En este particular no puede perderse de vista que, para poder ejercitar esta última se requiere que no haya otra. "Si se disponía de otra acción originada en un contrato o cuasicontrato, en un delito o cuasidelito, o si se carecía de acción por disposición expresa de la ley, no es dado a quien se cree empobrecido acogerse a la acción de enriquecimiento sin causa" (Manual de Obligaciones. Alberto Tamayo Lombana, Rodríguez Quito. Editores, Segunda Edición, pág. 307).

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 noviembre de mil novecientos ochenta y ocho (1988), proferida por el Tribunal Administrativo del Valle, dentro del proceso del rubro, por las razones dadas en los considerandos de este proveído.

2o.) Ejecutoriado el presente fallo, devuélvase el expediente al tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE.

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

FALLA DEL SERVICIO PRESUNTA – Aeronaves / ACTIVIDAD PELIGROSA

Aunque la tesis de la falla presunta por perjuicios causados con el manejo de automotores oficiales se ha venido aplicando en favor de terceros, nada repugna que se aplique así mismo a los conductores de tales vehículos, máxime cuando éstos no son los encargados de su mantenimiento ni ejercen su supervisión. Ante una tragedia que tenga como víctima ese conductor (llámese chofer o aviador) se presume que falló el servicio de mantenimiento del vehículo o nave y que por eso se causó el daño.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Santafé de Bogotá, D.C., octubre once (11) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Doctor Carlos Betancur Jaramillo.*

Referencia: Expediente No. 6429. Indemnizaciones. Actor: Fabio Eloy Aragón González y Otros.

Procede la sala a resolver la consulta de la sentencia de 27 de septiembre de 1990, proferida por el tribunal administrativo del Tolima en el proceso de la referencia y mediante la cual se decidió lo siguiente:

“1. DECLARAR que la Nación Colombiana Ministerio de Defensa Nacional es responsable de los daños sufridos por los demandantes Fabio Eloy Aragón González y Marleny Díaz de Aragón por la muerte de su hijo, teniente José Teoclístides Aragón Díaz.

“2. CONDENAR a la Nación – Ministerio de Defensa – a pagar a estos dos demandantes y a título de indemnización por los daños morales padecidos el valor de un mil (1.000) gramos oro a cada uno por el que tenga a la fecha de ejecutoria de esta sentencia.

“3. La demandada dará cumplimiento a esta sentencia en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A.

“4. NEGAR las demás pretensiones de la demanda”.

Se estudia el proceso en el aludido grado, por cuanto la apelación inicial interpuesta por la parte actora se declaró desierta al incumplirse la carga de la sustentación.

Los hechos narrados en la demanda, origen de la tragedia, pueden sintetizarse de la siguiente manera:

1.— Que el teniente de la Fuerza Aérea Colombiana José Teoclistides Aragón Díaz, hijo de Fabio Eloy y Marleny, nació en Darién (Valle) el 26 de agosto de 1962 y tuvo 5 hermanos.

2.— Que ingresó a la F.A.C. el 12 de enero de 1981; y que el 18 de julio de 1987 le fue encomendado pilotear el helicóptero HK-2259 matrícula No. 180900, para trasladar al Gobernador del Tolima a Coyaima para darle posesión al alcalde de dicha localidad.

3.— Que a las 8:45 a.m. de ese día al despegar la aeronave se precipitó a tierra, cayendo sobre la casa de la carrera 4a. Bis No. 32-B-37, de cuyo impactó hizo explosión, calcinándose tres de los ocupantes.

4.— Que el piloto José Teoclistides Aragón Díaz fue rescatado por el hijo del Gobernador y conducido con vida al hospital Federico Lleras de esa ciudad, donde media hora después falleció.

5.— Que según declaración del General José Gregorio Torres, Comandante de la VI Brigada, la causa del accidente fue provocada por una falla en la turbina del helicóptero, la que al incendiarse hizo perder altura al aparato para finalmente estrellarse.

6.— Que el piloto fue dado de baja mediante resolución 5829 de agosto 20/87; que durante su vida de oficial se comportó como hijo amantísimo y hermano ejemplar, sosteniendo la casa paterna y ayudando a sus hermanos en la educación; que su muerte prematura e intempestiva, a más del dolor que deja ha causado una situación económica muy precaria dada la invalidez de su padre.

SECCION TERCERA

7.— Que el accidente se debió a fallas mecánicas, con lo cual se da la falla notoria en el servicio.

El tribunal estructura la condena con base en las siguientes apreciaciones expuestas en la parte considerativa del fallo, así:

“... cuando se está ante el ejercicio de actividades peligrosas como la que desempeñaba el teniente Aragón, los daños que se causen como efecto suyo y por razón de la actividad propia tienen que resarcirse toda vez que es previsible que ocurra”. (fl. 82).

Adicional a lo antes transcrito, el tribunal considera que hubo falla presunta y sobre la base de este postulado, expone:

“No es extraño y por el contrario es interno el desempeño de maniobrar aeronaves que éstas sufran desperfectos bien porque su estado de mantenimiento no es óptimo, bien porque el cansancio de sus materiales y elementos o en general por daños en el respectivo aparato se produzcan y esto es fácilmente previsible *como lo era la falla en la turbina del aparato que según el demandante* y sobre lo cual nada dijo la entidad demandada fue la que dio origen a que se precipitara el aparato a tierra, se incendiara y allí muriera el teniente Aragón Díaz. Si esto es previsible lo que tenía que hacer la Fuerza Aérea Colombiana era tener sometido el aparato a las revisiones correspondientes o a los cambios que se exigieran y en general era su obligación efectuar todas las diligencias necesarias para que ello no sucediera. Aún si la causa del accidente era o es desconocida, por ser inherente al peligro de la actividad, es imputable al demandado”. (Subrayas fuera del texto).

Considera asimismo el tribunal que dada la falla presunta del servicio, correspondía a la parte demandada desvirtuar dicha presunción; que por no haberse demostrado el hecho eximente de dicha responsabilidad, limitándose sólo a exponer la fuerza mayor y el caso fortuito, la invocada presunción quedó intacta, presentándose así el primer elemento de la responsabilidad por falla o falta del servicio.

Que está probado el daño, agrega, pues en ese accidente perdió la vida el teniente Aragón y el registro de defunción y la baja dada por ello acreditan este elemento; asimismo, que se acreditaron las relaciones de consanguinidad mediante los registros civiles de matrimonio y nacimiento obrantes en el expediente. Lo propio puede decirse de la relación de causalidad, pues hay que tenerla por acreditada, ya que la muerte tuvo ocurrencia como consecuencia del accidente y el daño sufrido por los deudos está entrelazado con la actividad peligrosa que ejercía el teniente Aragón, que imponía a la demandada la “obligación permanente de vigilancia y atención fuera de lo común”.

Sobre los perjuicios morales, única condena impuesta en la sentencia, expone el tribunal lo siguiente:

“Sobre los daños morales se tiene que realmente estos son susceptibles de ser indemnizados como un reparador del dolor o la aflicción que se ha sentido por el hecho que lo genere”.

“Este daño no es materia de avalúo como para dosificar y de esa manera fijar dicho valor concreto por cuanto corresponde a un aspecto exclusivamente subjetivo con fundamento en las relaciones interpersonales. Sin embargo la tesis predominante es la que este daño moral subjetivo debe ser reparado pecuniariamente no propiamente como manera de resarcirlo porque ello es irreparable sino para atemperarlo habiéndose tenido para ello el equivalente a un máximo de 1.000 gramos de oro fino al precio establecido por las autoridades oficiales. Pero si se ha interpretado que el padecimiento que se sufre con la pérdida de un ser está más o menos determinado por la proximidad del vínculo familiar y el parentesco no siempre que estos dos supuestos se den hay lugar al reconocimiento de la indemnización”.

Así, el tribunal concluyó que a los padres, con la sola demostración del parentesco, se les debe reconocer el daño moral porque “este dolor sufrido es más intenso de padres a hijos y de éstos a aquéllos”, no así en el caso de los hermanos “porque con respecto a ellos era necesario que se probara las relaciones entre ellos” y como no se hizo así, no se pudo establecer “como y de qué manera han podido ser golpeados con la muerte de su hermano”, negándoles la pretensión por daño moral, por falta de dicho presupuesto.

No hubo intervención de la parte demandada, en esta instancia no obstante el traslado que se le dio; por su parte el Ministerio Público solicita revocar la sentencia y en su lugar negar las súplicas de la demanda, por considerar que el supuesto sobre el cual descansa la falla del servicio aceptada por el tribunal no estuvo probado, remitiéndose a la sentencia de 4 de septiembre de 1984, cuya parte pertinente se encuentra transcrita al folio 65 del expediente.

Para resolver se

CONSIDERA:

Para la sala la sentencia consultada deberá confirmarse, ya que se ajusta a la realidad procesal probatoria.

Efectivamente como lo dice el *a-quo* el teniente José Teoclistides Aragón Díaz pereció cuando estaba en ejecución de una actividad peligrosa (el

manejo de un helicóptero de la fuerza aérea); actividad que hizo presumir la falla del servicio y que le permitió a sus damnificados limitarse a probar su muerte y la relación de causalidad que existió entre ésta y la actividad que cumplía.

Ha dicho la jurisprudencia que la falla del servicio puede ser presunta o no; dándose aquélla cuando, en razón de la actividad peligrosa que desempeña la administración en su provecho o beneficio, esa falla se presume; porque exigir lo contrario impondría a la persona que ha sufrido el perjuicio la demostración de una conducta irregular o por fuera de los cánones del buen servicio, la mayoría de las veces prácticamente imposible o muy difícil. Baste pensar en esa prueba cuando el vehículo, un avión, por ejemplo, queda totalmente destrozado luego del accidente.

Es por eso que la doctrina ha venido aceptando esa falla presunta en los casos de muerte o lesiones producidas con armas de dotación oficial o por vehículos automotores o aeronaves. (actividades peligrosas). Como también ha hecho extensiva esa misma tesis en favor de las personas detenidas por las autoridades que mueren o son lesionadas en los sitios de reclusión o en favor de los conscriptos durante su instrucción militar y mientras permanecen en los cuarteles; hipótesis estas últimas que le imponen a la autoridad una carga excepcional de vigilancia y cuidado por las especiales condiciones en que tiene a determinadas personas, bien privadas de su libertad o sometidas a instrucción para su servicio militar obligatorio.

Aunque la tesis de la falla presunta por perjuicios causados con el manejo de automotores oficiales se ha venido aplicando en favor de terceros, nada repugna que se aplique asimismo a los conductores de tales vehículos, máxime cuando éstos, como sucedió en el caso *sub-judice*, no son los encargados de su mantenimiento ni ejercen su supervisión.

En estas condiciones es fácil pensar que ante una tragedia que tenga como víctima ese conductor (llámese chofer o aviador, según el caso) se presume que falló el servicio de mantenimiento del vehículo o nave y que por eso se causó el daño; y que al presumirse esa falla, a la víctima herida o a los damnificados del fallecido, les baste probar la lesión o la muerte y el daño sufrido como consecuencia.

En los eventos de falla presunta la administración no está indefensa y para exonerarse podrá demostrar la culpa exclusiva de la víctima, el hecho determinante y también exclusivo de un tercero o la fuerza mayor.

Reitera aquí la sala los supuestos de esa falla presunta, tomados en la sentencia de 31 de julio de 1989, dictada por esta misma sala en el proceso No. 2852 (J. A. Herrera V.) de la cual fue ponente el señor consejero Dr. Irisarri Restrepo. Allí se dijo:

“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 sí 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 solo exonerará 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 juzgador 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. 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 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, de 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 ocasio-

nes puede ocurrir que simultáneamente al hecho causante del perjuicio, se observe un proceder reprochable de la víctima, que no necesariamente conlleva 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 sólo 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”.

“6.— 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.— 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.— El caso fortuito, al contrario, en su concepción moderna iusadministrativa de *causa desconocida*, no exonera a la administración frente a este tipo de perjuicios. Al decir del 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 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-Fraysse. “La *presomption 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 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”.

La sala no encuentra motivo para variar el enfoque y menos cuando la administración no demostró ninguna de las causales de exculpación mencionadas.

En cuanto a los perjuicios impuestos (condena por los morales a favor de los padres del occiso) no encuentra objeción alguna la sala y deberá mantenerse. Además, como la sentencia vino en consulta no podrán estudiarse las demás pretensiones que fueron expresamente denegadas por el tribunal.

Por lo expuesto, y en desacuerdo 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

CONFIRMASE en todas sus partes la sentencia de 27 de septiembre de 1990 dictada por el Tribunal Administrativo del Tolima.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVA.

Se deja constancia que esta providencia fue estudiada y aprobada en la Sala de la sesión de fecha 10 de octubre de 1991.

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

FALLA DEL SERVICIO DE POLICIA/INVIOLABILIDAD DE DOMICILIO /FUERO DOMICILIARIO

Es manifiesta la forma irregular como actuaron los policías, quienes, antes que “amparar”, lo que hicieron fue desconocer la inviolabilidad del domicilio, al querer ingresar al mismo sin orden de autoridad competente y con fines no suficientemente comprobados, como era la supuesta aprehensión de presuntos miembros de una organización subversiva.

PERJUICIOS MATERIALES/LUCRO CESANTE—Determinación

No necesariamente los ingresos de la víctima para efectos de liquidar el lucro cesante deben coincidir con los que tenía el día de su muerte. Sería éste un estricto y riguroso criterio que se prestaría a erradas e injustas conclusiones. De otra parte, conforme a la ley, para tasar los perjuicios en acciones indemnizatorias contra el Estado “deberá examinarse la concordancia entre los daños alegados y la declaración de renta de las personas vinculadas a la controversia”. No significa lo anterior que la declaración de renta se constituya en el único mecanismo para la estimación del monto indemnizatorio; es apenas uno de los elementos de juicio para establecer la cuantía definitiva, de especial importancia desde luego.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Santafé de Bogotá, D.C., once (11) de octubre de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Doctor Daniel Suárez Hernández.*

Referencia: Expediente No. 6372. Actor: Mercedes Cabrales de Obando y Otros.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por las partes intervinientes en este proceso contra la sentencia de 4 de julio de 1990 proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sección Segunda, mediante la cual se dispuso:

“1o. No prospera la tacha de testigo propuesta por el apoderado de los demandantes.

“2o. Declárase responsable a La Nación Colombiana (Ministerio de Defensa – Policía Nacional) de la muerte del señor Jaime Obando Aljure, hecho ocurrido en la Ciudad de Medellín el día 31 de enero de 1986.

“3o. Como consecuencia de lo anterior, la Nación pagará a la demandante Mercedes Cabrales de Obando la suma de siete millones seiscientos setenta y cuatro mil seiscientos veintidos pesos (\$7.674.622.00) y a Claudia Marcela Obando Cabrales seiscientos sesenta y ocho mil trescientos setenta y ocho pesos (\$668.378.00) por concepto de perjuicios materiales.

“4o. Igualmente, por concepto de perjuicios morales pagará a cada uno de los demandantes: Mercedes Cabrales de Obando, Jaime Hernán, Patricia y Claudia Marcela Obando Cabrales el valor de Mil (1.000) gramos de oro para la fecha de ejecutoria de este fallo.

“5o. Niéganse las demás súplicas de la demanda.

“6o. Se dará cumplimiento a esta sentencia en los términos del art. 176 y ss. del C.C.A.

“7o. Si no fuere apelada, consúltese (art. 184 C.C.A.”).

I. ANTECEDENTES PROCESALES

1. La Demanda.

Mediante demanda presentada el 12 de noviembre de 1987 (fls. 110 a 132), la señora Mercedes Cabrales Vda. de Obando en su propio nombre, y en representación de su hija menor Claudia Marcela Obando Cabrales, y, Jaime Hernán y Sandra Patricia Obando Cabrales, solicitaron del Tribunal Administrativo de Antioquia, que se hicieran las siguientes o similares declaraciones y condenas:

“PRIMERA: La NACION COLOMBIANA es responsable de la totalidad de los DAÑOS y PERJUICIOS, de orden moral y material, causados a Mercedes Cabrales de Obando y a Claudia Marcela, Jaime Hernán y Sandra Patricia Obando Cabrales, con la muerte violenta de JAIME OBANDO ALJURE, hecho ocurrido en el Municipio de Medellín, Departamento de Antioquia, el 31 de enero de 1986, a manos de los agentes de la Policía Nacional, F-2, Tenientes NESTOR CIFUENTES MORALES Y HUMBERTO ECHEVERRI ECHEVERRI.

“SEGUNDA: Condénase a la NACION COLOMBIANA a pagar a MERCEDES CABRALES Vda. DE OBANDO, CLAUDIA MARCELA, SANDRA PATRICIA y JAIME HERNAN OBANDO CABRALES, todos los daños y perjuicios materiales sufridos por éstos con el mentado hecho, incluyendo en el lucro cesante la actualización monetaria de lo que sumen aquellos, desde la fecha de causación del daño o perjuicio y hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia, en la cuantía que resulte de las bases que se demuestren en el curso del proceso, condenando además a pagar los intereses comerciales de mora sobre el total de esta condena, desde el momento de ejecutoria de la misma y hasta el momento del pago efectivo. Este pago en todo caso, se hará en pesos de valor constante en relación con el índice de precios al consumidor, tal como lo prevé el art. 178 del C.C.A., o con aplicación de las interpretaciones vigentes al momento de la liquidación del daño.

“En capítulo especial de esta demanda, señaló la cuantificación de estos daños y perjuicios causados a los demandantes, para efectos exclusivamente procesales sobre determinación aproximada de la cuantía, pues se reitera que dichos daños y perjuicios serán liquidados conforme a las bases que demostraré en el curso del debate, pero con su actualización monetaria.

“TERCERA: Subsidiariamente y en caso de que no existan en el expediente elementos suficientes para hacer la liquidación administrativa de los daños y perjuicios materiales demandados, se ordenará indemnizar cuatro mil gramos de oro fino, de acuerdo con los arts. 8o. de la Ley 153 de 1887 y 107 del C. Penal aplicables al asunto en virtud del principio de integración legislativa, o de la plenitud hermeneútica del derecho.

“CUARTA: Condénase a la NACION COLOMBIANA a pagarle a cada uno de los cuatro demandantes los daños y perjuicios morales, con el equivalente en pesos de la fecha de la sentencia, de un mil gramos de oro fino, de conformidad con los artículos 8o. de la ley 153 de 1887 y 106 del C. P.

“QUINTA: Condénase a la NACIÓN COLOMBIANA a pagar los honorarios de abogado, como parte de la indemnización de los daños y perjuicios materiales y sin sujeción a los límites ya indicados, en suma no inferior al 30% del monto total de las condenas a cargo de la NACIÓN y conforme a las tarifas previstas por los Colegios de Abogados establecidos en las ciudades de Medellín y Bogotá y aprobadas por el Ministerio de Justicia, teniendo como base para este señalamiento el monto total de las condenas a cargo de la NACIÓN, ya que este encargo se ejecuta a cuota litis.

“SEXTA: Se dispondrá que la NACIÓN COLOMBIANA dará cumplimiento a la sentencia en los términos de los arts. 176, 177 y 178 del C.C.A. y en todo caso, con pesos que tengan el mismo poder de compra o poder adquisitivo que los de la fecha de causación de los daños.

“SEPTIMA: Se dispondrá igualmente que todo pago parcial que se llegare a verificar se imputará primero a intereses”. (Fols. 110 a 112).

2. Fundamentos de Hecho.

Se relacionan en la demanda a folios 113 a 115 y se reducen, en síntesis, a lo siguiente:

En la noche del 31 de enero de 1986 los Tenientes de la Policía Nacional F-2, Néstor Cifuentes Morales y Humberto Echeverri Echeverri, y agentes de la Policía Nacional ocasionaron la muerte con armas de fuego y en su residencia en Medellín al señor Jaime Obando Aljure.

El deceso de Obando Aljure “se dio a falta o falla del servicio” porque se cometió con armamento de dotación oficial, frente a una víctima inermes que no opuso resistencia a la actuación de los policiales que actuaron sin orden de allanamiento. De otra parte, contra el mencionado Obando Aljure no existía orden de captura y los tenientes aludidos en su procedimiento no dieron voces de alerta, no explicaron por qué lo hacían, irrumpieron agresiva e irreflexivamente en el apartamento de la víctima, sin respetar las normas constitucionales, legales, humanitarias y reglamentarias de obligatorio cumplimiento tanto para los asociados, como para la fuerza policial.

Jaime Obando al morir tenía 43 años de edad, había contraído matrimonio con Mercedes Cabrales y procrearon a sus hijos Jaime Hernán, Sandra Patricia y Claudia Mercela Obando Cabrales, quienes a la muerte de su padre estudiaban los dos primeros en la universidad y la última en bachillerato. Con el fallecimiento de su padre y esposo, su viuda y sus hijos perdieron el sostén afectivo y económico que aquél les brindaba para satisfacer todas sus necesidades, con el producto de su actividad comercial en el ramo de compra y venta de joyas y metales preciosos que le producía ingresos mensuales del

orden de \$385.400.00, los que invertía en el sostenimiento de su hogar, su esposa y sus hijos, y de cuya falta se derivan los perjuicios morales y materiales que reclaman los demandantes.

3. Trámite del proceso.

Admitida la demanda (Fol. 137) y notificado el auto admisorio, la Policía Nacional presentó una solicitud de pruebas, las que, junto con las de la parte actora, fueron decretadas en auto visible al folio 148 del expediente.

Evacuadas en su totalidad las pruebas solicitadas, el *a-quo* ordenó correr traslado a las partes para que alegaran de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera el concepto fiscal. (fol. 510).

La parte actora consignó su alegación en escrito de folios 511 a 516. El apoderado de la demandada también presentó el alegato que corre a folios 517 a 532. La primera reiteró los planteamientos del libelo inicial para obtener una sentencia de condena contra la administración y, desde luego, favorable a sus intereses. A su vez, la segunda aboga porque se denieguen las pretensiones de los demandantes en razón a que, según ella, "el hecho se debió a la PROPIA CULPA de la víctima". En cuanto a la falla del servicio sostuvo: "no la hubo, sencillamente porque el operativo Policial era lícito". Por su parte el Fiscal Primero del Tribunal conceptuó en sentido adverso a las pretensiones de la demanda. (Fls. 533 a 539).

4. El fallo recurrido.

Mediante providencia visible a los folios 547 a 564, el Tribunal decidió en los términos que se transcribieron al inicio de este fallo, a los cuales arribó luego de hacer estas consideraciones:

A) Hace referencia especial y transcribe lo pertinente de la sentencia de esta Sala, dictada el 31 de julio de 1989; Actor: Jorge Arturo Herrera Velásquez; con ponencia del señor Consejero Antonio José de Irisarri Restrepo, relacionada con la figura de la falla del servicio presunta.

B) Considera probados los siguientes hechos:

a) Que el 31 de enero de 1986 una patrulla del F-2 de la Policía Nacional ingresó violentamente a la residencia de Jaime Obando Aljure, con el pretexto de capturar a unos supuestos guerrilleros urbanos. En el operativo falleció el dueño de casa y uno de los oficiales que adelantaban el operativo.

b) Que el señor Obando Aljure no portaba armas.

c) Que no se identificaron, sino decidieron “tomarse la casa por las malas”.

d) Que es inverosímil el relato del presunto comportamiento del teniente Cifuentes al subirse por el balcón de la casa a dialogar con Obando Aljure y luego colocar su arma de dotación bajo su brazo.

e) Que la víctima civil desarmó al teniente Cifuentes y con el arma de éste lo mató, para luego caer abatido por las armas de los demás agentes que intervenían. La conducta de Obando obedeció a la forma imprudente como ingresaron los policías de civil a su casa de habitación.

f) Obando Aljure era una persona honorable, sin antecedentes penales, precavido en sus actuaciones y la noche de su muerte mantenía 6.500 gramos de oro en la casa.

C) De otra parte, alude el *a-quo* al art. 23 de la Carta; a los artículos 73 y 80 Código Nacional de Policía y al artículo 111 del Decreto 522 de 1971, reguladores del derecho a la inviolabilidad de domicilio, y la práctica del allanamiento.

Estima que no se acreditó la existencia de una orden de allanamiento y que, si hubiera existido, de todas formas el comportamiento de los policiales fue imprudente y descuidado, a más de que “no logró desvirtuarse la presunción de responsabilidad del Estado en la muerte del señor Jaime Obando Aljure, a manos de efectivos de la Policía Nacional F-2 y con armas oficiales”. (fol. 557).

En relación con la tacha formulada al testigo Humberto Echeverri Echeverri se abstiene de considerarla por haberse formulado luego de la declaración (art. 218 C. de P.C.) y advierte que no por haber dirigido el operativo se convierte en testigo sospechoso.

D) Sobre los perjuicios reclamados considera el Tribunal que los materiales —daño emergente—, respaldados en facturas sin ratificación no pueden ser reconocidos (Art. 277 – 2 C. de P.C.).

Al referirse al lucro cesante, cuya apreciación económica la fundamenta la parte actora en la certificación reconocida por Antonio Vélez Campuzano (fls. 3 y 229), de cuyo texto y declaración se deduce que el occiso trabajaba en compra y venta de oro e insumos para minería y obtenía un ingreso promedio de \$385.400 por mes, el Tribunal consideró que no se podía tener en cuenta esa información porque, en testimonio rendido ante el Juez 38 de Instrucción Criminal de Medellín, Vélez Campuzano afirmó que “Obando Aljure trabajó con él *solo hasta el 2 de enero de 1986*, días antes de su muerte, lo cual significa que para el 31 de enero, fecha de su muerte no tenía

un ingreso *cierto* que sirviera de base para el cálculo de la indemnización ...” (fol. 558) (El subrayado es textual). A lo anterior agregó el *a-quo* la ausencia de información tributaria por los años gravables de 1985 y 1986, para concluir que la liquidación se efectuaría sobre el salario mínimo legal en 1986 o sea la suma de \$16.811,40 mensuales de acuerdo con el Decreto 3754 de 1985.

La cifra anterior después de actualizarla la tomó el *a-quo* como base económica de liquidación del lucro cesante para cada uno de los actores y con aplicación de las fórmulas tradicionalmente utilizadas por la Sala, calculó los valores correspondientes a cada uno de aquellos, excluyendo a los hijos mayores de edad de la víctima. Los perjuicios morales sí le fueron reconocidos a todos los demandantes.

Uno de los Magistrados salvó el voto con respaldo en los planteamientos del Fiscal Primero del Tribunal. (Fol. 565).

5. Alegaciones en la Segunda Instancia.

Inconforme cada parte, en cuanto el fallo afectara sus intereses, recurrieron en apelación y concretaron así las razones de esa inconformidad:

El ente demandado sostuvo:

“La demandada —(Fols. 567 y 568)—, se identifica plenamente con la posición del señor Agente del Ministerio Público y con el Salvamento de Voto dentro del fallo referido al expresar que fue la conducta precipitada del hoy occiso señor Obando Aljure la que dio lugar al desenlace fatal. Su deceso fue consecuencia de su propia culpa. ...”. Concluye que para el caso de aceptarse la responsabilidad estatal “*debe tener atenuantes y el monto de la indemnización podrá ser disminuido proporcionalmente*”. (subrayado del texto). Considera “de elemental justicia sería UNA REPARTICION DE RESPONSABILIDADES en partes iguales ...”. (Mayúsculas textuales).

A su vez, la parte actora a folios 594 y 615 concreta su desacuerdo con la sentencia de primera instancia sobre estos aspectos:

Con relación a las facturas de los gastos de sepelio del occiso aduce que se decrete oficiosamente su reconocimiento o que se condene en abstracto y se acredite la cuantía de este gasto “por el procedimiento previsto en el artículo 307 del C. de P.C.”.

Respecto de los ingresos de la víctima, razona en el sentido de que estos corresponden no al día, la semana o el mes en que se produjo el homicidio, sino que “se debe tomar como base para la liquidación de los perjuicios

es el promedio de la época del deceso ...". Considera que la prueba escrita y testimonial de Vélez Campuzano no fue controvertida por la Nación, ni tachada de falsa y que, de otra parte, se abonó como prueba en este proceso una manifestación del mismo testigo producida en una investigación dentro de la cual no era parte, ni intervino ninguno de los demandantes en este proceso; de donde concluye que "tal declaración le es inoponible a los actores, conforme a reiterada jurisprudencia del H. Consejo de Estado". (Fol. 601). Respalda su posición en la cita y transcripción parcial de algunas providencias que sobre el tema de la prueba trasladada ha producido la Sala en anteriores oportunidades.

También cuestiona la accionante el límite de 18 años establecido por el *a-quo* al liquidar los perjuicios materiales y sostiene que dicho límite de edad debe contarse hasta los 25 años de edad para los hijos.

6. La vista Fiscal.

La señora Fiscal Segunda de la Corporación al emitir su concepto de rigor, visible a folios 617 a 625, concluye que sí hubo falla en el servicio y que además ha debido computarse la suma probada en el proceso y no el salario mínimo legal para efectos de liquidar el monto indemnizatorio. Sobre los hechos la Fiscalía textualmente hace las observaciones siguientes:

"Por lo expuesto se concluye que la patrulla carecía de orden de allanamiento para ingresar a la residencia de la víctima; que irrumpieron agresivamente a la misma y sin previamente dar voces de alerta o explicación que justificara su presencia allí. que como consecuencia de tan inexplicable proceder, el dueño de casa no tuvo otra alternativa que actuar en legítima defensa de su integridad, la de su familia y su bienestar. Ciertamente la muerte del Teniente CIFUENTES fue ocasionada por el dueño de casa con el arma del mismo oficial, que durante el forcejeo logró quitarle y la utilizó en legítima defensa ante la agresión de que era víctima. Posteriormente los agentes que entraron por la puerta principal, subieron al segundo piso y le dispararon a OBANDO ALJU-RE ocasionándole la muerte.

"Lo analizado claramente demuestra que sí hubo falla del servicio. Los hechos tal como se presentaron permiten afirmar que no hubo culpa de la víctima, o actuación en legítima defensa por parte de los agentes. Era apenas lógico y natural que la víctima se defendiera de la agresión armada ímpestiva e inexplicable que contra él y su familia se presentaba".

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. De acuerdo con el material probatorio recaudado, la Sala tiene como demostrado:

SECCION TERCERA

a) El deceso violento de Jaime Obando Aljure el 31 de enero de 1986. (fls. 4 - 5 - 156).

b) El matrimonio de Jaime Obando Aljure y Mercedes Cabrales el 9 de marzo de 1965 (Fl. 6).

c) La calidad de hijos legítimos del occiso y las fechas de nacimiento de Jaime Hernán (fl. 7), Sandra Patricia (Fol. 8) y Claudia Marcela Obando Cabrales. (Fol. 9).

d) Que los oficiales de la Policía Néstor Cifuentes Morales y Humberto Echeverri Echeverri "sí estuvieron prestando servicio en el área urbana del municipio de Medellín Antioquia en la noche del 31 de enero de 1986; ... los citados oficiales estuvieron acompañados de varios Agentes entre ellos ECHEVERRI RIVERA JOSE LUIS y ZAPATA BONILLA JAVIER; ... cumplieran misión relacionada con efectuar allanamientos en busca de armamento ..." (Fol. 208).

e) Que los tenientes Néstor Cifuentes Morales y Humberto Echeverri Echeverri, para el 31 de enero de 1986 eran oficiales en servicio activo y cumplieran una misión del servicio (Fls. 208, 280, 372, 399).

f) Que la noche del 31 de enero de 1986, los oficiales mencionados, junto con agentes de la Policía Nacional adelantaron un operativo en la residencia de Jaime Obando Aljure en la calle 34 A No. 81 A-30 barrio "La Castellana" de Medellín, en el curso del cual fallecieron en forma violenta el dueño de la casa y el teniente Cifuentes Morales. (Fls. 211, 212, 215 a 220, 223, 224, 239, 248, 457).

g) Que en la casa referida para la noche del insuceso el occiso Obando Aljure guardaba aproximadamente 6.500 gramos de oro. (Fols. 54 y 228).

2. Para la Sala, la responsabilidad administrativa que se le demanda a la Nación a causa de la muerte de Obando Aljure e imputada a miembros de la Policía Nacional, se encuentra demostrada. A esta conclusión se arriba porque en el proceso se estableció la presencia de sus elementos integrales, como son: la falla o falta del servicio, el daño patrimonial y moral ocasionado a los demandantes y el nexo causal que se da entre éste y aquélla. En efecto:

En el procedimiento que adelantaron los miembros de la Policía Nacional la noche del 31 de enero de 1986 para ingresar a la residencia de Obando Aljure y su familia, fueron evidentemente pretermitidos, desconocidos y violados expresos mandatos constitucionales, legales y reglamentarios, de donde resulta configurada la falla de la Administración.

A la conclusión anterior arriba la Sala de acuerdo con las siguientes apreciaciones:

Por expreso mandato de la anterior Constitución, las autoridades estaban obligadas a proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra y bienes (art. 16). A su vez el artículo 23 consagraba que a nadie se podía molestar en su persona o familia, ... *ni su domicilio registrado*, sino a virtud de mandamiento escrito de autoridad competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en las leyes". De otra parte, el artículo 24 de la Carta permitía a los agentes de la autoridad aprehender "al delincuente cogido in flagranti" inclusive penetrando a su domicilio si allí se refugiare y, si se acogiere a domicilio ajeno, "deberá proceder requerimiento al dueño o morador". Las anteriores normas constitucionales, consagradorias del llamado fuero domiciliario, mantienen vigencia, en similares términos en los artículos 2, 28 y 32 de la Carta Política vigente.

Los aludidos preceptos superiores tuvieron desarrollo en el Código de Procedimiento Penal y en el Código Nacional de Policía, estatutos en los cuales el mencionado fuero domiciliario o la inviolabilidad del domicilio fueron consagrados por el legislador y amparados mediante una minuciosa regulación de las condiciones, circunstancias y formalidades que deben conocer y acatar las autoridades antes de franquear el domicilio del ciudadano.

En el ordenamiento procesal penal, a partir del artículo 355 del estatuto vigente para la época de los hechos (31 de enero de 1986), se establecieron las condiciones y la vía que la autoridad policiva debía seguir si pretendía la práctica de un allanamiento. Tales condiciones no eran distintas a las señaladas en el artículo 23 de la Carta, a saber: que el mandamiento escrito proviniera de autoridad competente, que además hubiera surgido del pleno acatamiento de las normas que regulaban la figura y que se originara en hechos o circunstancias previstas en la ley.

Pues bien, si se compara el contenido procesal con los preceptos normativos del procedimiento penal y del Código de Policía se impone concluir que los oficiales y agentes del orden que realizaron el trágico ingreso a la residencia de Obando Aljure desconocieron totalmente sus obligaciones.

Así lo entiende la Sala, porque si lo primordial para hacer un allanamiento era la orden de autoridad competente, ¿cómo es posible que tal orden no haya sido presentada por la Policía Nacional en este proceso? ¿Cómo entender la omisión probatoria de dicha institución si era la mayor interesada en la comprobación del aludido mandamiento? No se desconoce que en la conmoción y desorden de los tenientes que comandaban el operativo la orden se hubiera extraviado o destruido. Pero, pregunta la Sala, si los oficiales no tramitaron el permiso o autorización expedido supuestamente por un Juzgado Penal Militar, sino que ella proviene de un superior (Jefe de

la Sijín), ¿por qué tal superior ninguna aclaración ha producido? ¿Acaso eran tan numerosos aquellos juzgados en Medellín, como para imposibilitar la indagación que permitiera determinar el origen de la supuesta orden de allanamiento, cuando de por medio estaban los intereses de la propia institución policiva? El caso fue suficientemente publicitado en comunicados de prensa y declaraciones, como para pensar que se trató de una imperdonable omisión. La realidad que muestra el proceso y confirma la lógica más elemental es que dicha orden de allanamiento no existió y por eso la imposibilidad física de la demandada para demostrarlo.

Agréguese a la ausencia de prueba del mandamiento, la forma como los policiales pretendieron ingresar a la residencia habitada por Obando Aljure y su familia. El Código de Procedimiento Penal establecía en el artículo 356 que el allanamiento debía practicarse entre las 5 a.m. y 7 p.m. y a su vez, de acuerdo con el artículo 80 del Código Nacional de Policía, el allanamiento se hace de ordinario, en horas hábiles de trabajo, pese a lo cual cuando las circunstancias lo exijan se podrá en cualquier hora del día o de la noche. La hora, no se acomodaba, en principio, a la permitida por la ley, Pero aún en el supuesto caso de una actuación urgente de la Policía, con base en ¿cuál mandamiento podrían allanar y actuar como lo hicieron los policiales la noche referida?

Para la Sala, los miembros de la Policía Nacional que figuraron en tan lamentable actuación, olvidaron que en términos del artículo 72 del Código Nacional de Policía, ésta “amparará en todo momento la inviolabilidad del domicilio ...; que el acceso al domicilio “requiere consentimiento de su dueño” (artículo 73); que se puede allanar el domicilio “pero sólo a virtud de mandamiento escrito de autoridad competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley”, donde se exprese con la mayor precisión el lugar, los fines, el día, la hora y la facultad de allanar en caso de resistencia. (Arts. 78 y 79 C.N.P.). Además, también por prescripción legal, quien practique el allanamiento procurará no comprometer la reputación de las personas y ocasionar el menor daño a las cosas.

Conforme a las anteriores disposiciones resulta manifiesta la forma irregular como actuaron los policías aludidos, quienes, antes que “amparar”, lo que hicieron fue desconocer la inviolabilidad del domicilio de Obando Aljure, al querer ingresar al mismo sin orden de autoridad competente y con fines no suficientemente comprobados, como era la supuesta aprehensión de presuntos miembros de una organización subversiva.

Para el momento mismo de los hechos, su sola condición de agentes de la autoridad no les permitía el acceso al hogar de Jaime Obando Aljure, entre otras razones porque no se trataba de ningún establecimiento público, ni abierto al público. De otra parte, la situación de Obando Aljure no le permitía un obrar confiado y descomplicado, ante las presuntas y “cordiales”

solicitudes de permiso para entrar a su casa por parte de los policías. El occiso mantenía serias reservas y justificada desconfianza ante los miembros de la Policía Nacional. ¿Por qué? Porque apenas veinte días atrás había sido víctima de un frustrado atraco, del que salió avante por su actuación personal, pero que lo afectó en tal forma que decidió no continuar su actividad comercializadora de oro con Vélez Campuzano. Porque las personas que requerían el ingreso a su domicilio iban sin uniforme, en ropas de civil y en vehículo particular. Porque la hora ya estaba muy avanzada en la noche. Porque los vio a todos armados. Porque en su casa guardaba aproximadamente 6.500 gramos de oro, cuyo valor, en las circunstancias de la época explicaban un atentado contra el mismo. Porque la inseguridad reinante en Medellín obligaba a precaverse contra personas desconocidas y armadas, las cuales, en numerosas ocasiones se hacían pasar por autoridades para ejecutar hechos delictuosos.

Pero además de los motivos que a criterio de la Sala pudieron influir en la actitud desconfiada del dueño de casa, también conviene destacar su comportamiento. Una de sus primeras reacciones fue la de utilizar el teléfono y no la de oponerse violentamente al ingreso de la autoridad. Tan cierto es lo anterior que el teniente que resultó muerto lo fue con su propia arma y *dentro* de la casa del occiso, y el oficial que resultó lesionado también lo fue *dentro* y con el arma de dotación del teniente fallecido, lo que lleva a la Sala a considerar que el comportamiento del occiso Obando Aljure, antes que agresivo tuvo un carácter defensivo de su propia integridad, de su familia y de su domicilio. La ausencia de la orden de allanamiento y las irregularidades de la operación policiva, según información testimonial, conducen a la Sala a tales apreciaciones, las que cobran mayor respaldo si se tiene en cuenta que para los declarantes que conocieron a Obando Aljure, éste no fue un ciudadano violento, agresivo o amante de las armas. Por el contrario, lo muestran amable, trabajador y cordial con sus vecinos (Fols. 211, 213, 215, 220, 222, 226, 231 y 235), de otra parte, procesalmente no registró antecedentes penales de ninguna naturaleza. (Fosl. 173, 180, 181 y 198).

Recuerda además la Sala que por disposición expresa del artículo 1o. del Decreto 1355 de 1970, "La policía está instituida para proteger a los habitantes del territorio colombiano en su libertad y en los derechos que de esta se derivan, por los medios y con los límites estatuidos en la Constitución Nacional, en la ley, en las convenciones y tratados internacionales, en el reglamento de policía y en los principios universales del derecho".

A su vez, de acuerdo con el artículo 29 del estatuto mencionado —Código Nacional de Policía—, "sólo cuando sea estrictamente necesario, la policía puede emplear la fuerza para impedir la perturbación del orden público y para establecerlo ..."; y, conforme al artículo 30 del ordenamiento de policía referido: "Para preservar el orden público la policía empleará sólo medios autorizados por ley o reglamento y escogerá siempre, entre los

SECCION TERCERA

eficaces, aquellos que causen menor daño a la integridad de las personas y de sus bienes ...". También en el artículo 12 del Decreto 1835 de 1979, Reglamento de Disciplina y Honor para la Policía Nacional se consagra:

"Artículo 12. En el ejercicio de sus funciones el policía ha de hacerse obedecer con el convencimiento de que encarna la majestad de la ley, *por esto ha de usar la reflexión, el buen juicio y de preferencia la persuasión*". (El subrayado no es textual).

Por último, conforme al artículo 3o. del Decreto 2137 de 1983, "De manera preferencial la policía se ocupa de velar por la persona humana en su vida, honra y bienes".

Tal parece que las disposiciones mencionadas fueron letra muerta para los policiales la noche del 31 de enero de 1986, porque, por el contrario, su actuación de acuerdo con la información testimonial suministrada por los vecinos presenciales del anómalo comportamiento y recaudada directamente en este proceso (Fls. 211 a 226), la cumplieron los agentes haciendo gala de imprudencia inexplicable, de fuerza innecesaria frente a quienes *dentro* de su casa se hallaban desarmados (no se encontró ningún tipo de armamento), y al parecer solo procuraban, antes que oponerse a las autoridades, establecer los equívocos que con su procedimiento y vestimenta civil se originaron en la mente de Obando Aljure y los suyos, como se habrían originado en cualquier otro ciudadano de Medellín que estuviera en las mismas condiciones del hoy occiso. No les tocaba tomarse la casa "a las malas" porque absolutamente ninguna resistencia armada encontraron los miembros de la policía.

De lo anterior concluye la Sala, que en el caso bajo examen, ante la conducta de los miembros de la Policía Nacional, absolutamente ajena a los más elementales principios de prudencia, legalidad y diligencia, se dio manifiesta la falla del servicio, se incumplió el deber Constitucional de protección y amparo por parte de las autoridades a los ciudadanos y se llevó por delante, sin contemplación alguna, el respeto debido al domicilio y a la condición humana de quien resultara muerto por causa de un irregular e ilegal procedimiento policivo. Así, por lo demás, lo deja entender la entidad demandada, cuando al folio 528 expresa: "*Que hubo exceso de parte de las autoridades del orden? Es posible. Las circunstancias no eran para menos. La inseguridad que se vive en Antioquia, en su capital y área metropolitana es muy dicente*". Pues bien, si tales consideraciones las formula el apoderado de la Policía Nacional, ¿acaso, con mayor razón, no procedían en favor del ciudadano inerme y carente del poder policivo?

De lo anteriormente expresado, para la Sala resulta comprobada en el caso que se estudia la falla del servicio, haciéndose innecesario recurrir al régimen de la falta o falla presunta sobre el cual el *a-quo* fundamentó la

sentencia apelada. En estas condiciones se evidencia con la siguiente obligación indemnizatoria a cargo del Estado, dado que en razón de la falla aludida se ocasionó la lesión al patrimonio económico y moral de los demandantes en su calidad de esposa e hijos de la víctima, de cuyo respaldo material y afectivo quedaron privados como consecuencia del irregular proceder de la policía. Surge así, en forma clara, el nexo de causalidad entre los dos términos anteriores —falla y daño—, y se concreta entonces la responsabilidad administrativa a cargo de la demandada frente a los accionantes.

Procede ahora la Sala a examinar lo relacionado con la indemnización por los perjuicios de orden material y moral, toda vez que tal aspecto originó el mayor desacuerdo con la sentencia de primera instancia por parte de los demandantes.

En relación con el valor probatorio de las facturas funerarias acompañadas al libelo demandatorio, las que el *a-quo* inadmitió como demostrativas de la obligación en ellas consignadas, porque conforme al artículo 277 del C. de P.C., no habían sido ratificadas, estima la Sala que el fallo recurrido por este aspecto se ajusta a derecho, pues resulta incuestionable que las referidas documentales siendo simplemente declarativas no se ratificaron en los términos de la norma antes citada, omisión que le impide al juzgador su estimación.

También fue motivo de impugnación de la sentencia, el valor que el *a-quo* asignó a los ingresos sobre los cuales se hizo la liquidación de perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante, en cuanto solo tuvo en cuenta el valor del salario mínimo legal establecido para el año de 1986 por el Decreto 3754 de 1985.

La inconformidad resulta de la diferencia que se da entre la cantidad que supuestamente percibía el occiso como colaborador de Antonio Vélez Campuzano en la negociación de oro e insumos de minería, y la suma que corresponde como salario mínimo legal.

Considera la Sala, que no necesariamente los ingresos de la víctima para efectos de liquidar el lucro cesante deben coincidir con los que tenía el día de su muerte. Sería éste un estricto y riguroso criterio que se prestaría a erradas e injustas conclusiones. Medítese sobre la situación de ¿quién, a manera de ejemplo, el día anterior a su fallecimiento perdió la fuente de sus ingresos? ¿o, la de quien comenzó a percibir ingresos precisamente el día de su deceso? Ciertamente, para efecto de apreciar este tipo de entradas se ha de adoptar un criterio de razonable prudencia, donde se puedan conjugar las circunstancias antecedentes a los hechos dañosos, la labor desempeñada, el valor procesal de la prueba aportada, etc. Por ello considera la Sala que la estimación que hizo el *a-quo* sin tomar en cuenta los ingresos expresados por Vélez Campuzano, no fue acertada en su motivación, a más de que el aludido

testigo muestra al folio 227, que *para el 31 de enero de 1986 ... "durante el día nosotros estuvimos limpiando y, amalgamando un oro para vender a la Fundación Escobar, Yo salté de la casa de don Jaime ese día aproximadamente a las ocho de la noche ..."*. (Subrayas fuera del texto).

Procede aclarar que si bien la Sala coincide con el Tribunal en que los ingresos del occiso se calculen sobre el salario mínimo legal y no sobre la información suministrada por Vélez Campuzano, sin embargo, son diferentes las razones, porque en éste fallo, antes que apreciar la fecha del fallecimiento para deducir los ingresos que tenía, se valora primordialmente el mérito probatorio de la información procesal que sobre las entradas pecuniarias se encuentren en el proceso.

Básicamente la parte actora ha pretendido acreditar la capacidad económica y renta mensual de Obando Aljure por medio de una constancia escrita y el testimonio de Antonio Vélez Campuzano. Al respecto, la Sala se abstiene de formular objeciones de forma a los medios de prueba anotados, porque considera que ambos se ajustaron en su aporte y recepción a los requerimientos legales.

Sin embargo, en esta materia de reconocimientos económicos, el fallador debe proceder con suma cautela y riguroso criterio en la evaluación de la prueba. Para la Sala, no es de recibo admitir como prueba plena y exclusiva de unas entradas económicas apreciables la sola manifestación de una persona, cuya comprobación es única porque si bien se cuenta con medios de prueba diferentes, ambos son sobre el mismo hecho y provienen del mismo autor. La prueba es, pues, singular, única y además sobre la misma proceden diversos cuestionamientos, como se destacan a continuación:

No es fácil entender, cómo si las actividades de Vélez Campuzano y Obando Aljure eran de comercio, si el volumen económico de sus negocios era de consideración, si mantenían distintas relaciones mercantiles, no aparezca en autos respaldo probacional suficiente sobre el particular.

¿Cuál es el apoyo, siquiera inidiciario, de las operaciones y sobre todo de los ingresos que devengaba Vélez Campuzano; con quién operaba; a quién compraba; a quién vendía; cuál era el sistema de negociación; de pago; quiénes eran sus compradores? Estos interrogantes sin respuesta precisa en el proceso, indefectiblemente se proyectan hacia la determinación de los ingresos del occiso Obando Aljure, cuya demostración proviene precisamente de los oscuros e intangibles orígenes de quien los certifica, con base, por lo demás, en un simple cuaderno de anotaciones personales desconocido en autos y a espaldas de un orden contable que por mandato legal como comerciante le correspondía llevar.

De otra parte, conforme al artículo 10 de la ley 58 de 1982, para tasar los perjuicios en acciones indemnizatorias contra el Estado "deberá exami-

narse la concordancia entre los daños alegados y la declaración de renta de las personas vinculadas a la controversia ...”, aspecto éste que no se pudo establecer porque, según consta en el proceso, el occiso no declaró tributariamente en 1985, ni en 1986. Esta exigencia de la declaración de renta para efectos de calcular los ingresos, como lo dijo la Corte en Sentencia de Sala Plena de 10. de diciembre de 1983, “es buena manera de evitar abusos que suelen ocurrir de parte de quienes consideran que en tratándose de hacer efectiva a su favor cualquiera responsabilidad del Estado se presenta una oportunidad para obtener de éste indemnizaciones por valores desproporcionados con abuso del derecho que a veces no se descubre ni se impide con la diligencia debida ...”. (C.C.A. Legis, pág. 195). No significa lo anterior que la declaración de renta se constituya en el único mecanismo para la estimación del monto indemnizatorio, es apenas uno de los elementos de juicio para establecer la cuantía definitiva, de especial importancia desde luego.

Hechas las anteriores apreciaciones, corresponde a la Sala examinar la liquidación que hizo el Tribunal de los perjuicios materiales. Al respecto se hacen las siguientes precisiones:

1o. Se seguirá el mismo procedimiento adoptado por el *a-quo* para liquidar los perjuicios materiales, pero se modificarán los resultados por estas razones: a) El salario integral (+ 250/o): \$21.014.00 no se computará porque no hay sobre el particular ninguna petición de los interesados; b) En razón a la edad de Jaime Obando Aljure al momento de fallecer —(43 años, 28 días)—, y la de su esposa —(37 años, 4 meses)—, la indemnización tendrá que calcularse con relación a la vida probable de aquél, o sea, 36.23 años —434 meses)—; de acuerdo con las Tablas de Mortalidad que obran a folios 166 a 171. c) La indemnización futura de la cónyuge se liquidará sobre el 500/o de la renta neta.

2o. Se tendrá en cuenta el último índice de precios al consumidor certificado por el DANE en el proceso, a junio de 1990: \$148.02. (Fol. 546).

3o. Se tomará en consideración la misma fecha tenida por el Tribunal como límite del primer período, o sea 30 de junio de 1990.

4o. Al salario mínimo legal de \$16.811.40 se le descuenta un 250/o que corresponde a la suma que supuestamente el occiso requería para sus necesidades, (\$4.202.85); la diferencia (\$12.608.55) corresponde a la renta que se asignará a las demandantes así: la mitad (\$6.304.27) para la cónyuge y, la otra mitad (\$6.304.27) para la hija menor, hasta cuando cumplió la mayoría de edad.

5o. El salario se actualiza a la fecha de la sentencia de primera instancia de acuerdo con la siguiente fórmula:

SECCION TERCERA

$$Ra = R \frac{\text{Ind. Final}}{\text{Ind. Inicial}};$$

$$Ra = 12.608.55 \frac{148.02}{54.10} = 34.497.55$$

El valor del salario o renta actualizada a junio 30 de 1990, es de \$34.497.55.

60. LA INDEMNIZACION VENCIDA.

Se tendrá en cuenta:

| | |
|------------------------------------|-------------------------|
| Fecha de nacimiento de la cónyuge: | Septiembre 24 de 1948 |
| Edad al morir su esposo: | 37 años, 4 meses. |
| Vida probable: | 41 años (492 meses) |
| Fecha de nacimiento del esposo: | Enero 3 de 1943 |
| Edad a su muerte: | 43 años, 28 días |
| Tiempo probable de vida: | 36.23 años (434 meses). |

Se utilizará el término de supervivencia menor.

a) PARA LA CONYUGE.

Se aplica la fórmula $S = Ra \frac{(1+i)^n - 1}{i}$; donde

S = suma que se busca;

$$Ra = \frac{34.497.55}{2} = \$17.248.77 \text{ (mitad de la renta).}$$

i = interés del 0.004867 mensual.

n = número de meses (31 de enero de 1986 a junio 30 de 1990).
53 meses.

$$S = 17.248.77 \frac{(1 + 0.004867)^{53} - 1}{0.004867} = 1.040.050.25$$

Valor indemnización vencida de la cónyuge \$1.040.050.25 hasta junio 30 de 1990.

b) PARA CLAUDIA MARCELA OBANDO (HIJA).

| | |
|----------------------|---------------------|
| Fecha de nacimiento: | 29 de junio de 1970 |
| Mayoría de edad: | 29 de junio de 1988 |

Período indemnizable: 31 de enero de 1986 al 29 de junio de 1988. (29 meses).

Se aplica la fórmula anterior:

$$S = 17.248.77 \frac{(1 + 0.004867)^{29} - 1}{0.004867} = 535.839.30$$

Valor indemnización vencida Claudia Marcela Obando \$535.839.30

7o. LA INDEMNIZACION FUTURA.

Le corresponde únicamente a la cónyuge.

Para su liquidación se utiliza la fórmula:

$$S = Ra \times F$$

$$F = \frac{(1 + i)^n - 1}{i(1 + i)} ; \text{ donde:}$$

$$Ra = 17.248.77$$

Se hace la liquidación con el 50% de la renta actualizada. No hay acrecimiento.

i = Interés del 0.004867 mensual

n = número de meses; $434 - 53 = 381$ meses.

$$F = \frac{(1 + 0.004867)^{381} - 1}{0.004867(1 + 0.004867)^{381}} = 173.1530665$$

$$S = 17.248.77 \times 173.1530665 = \$2.986.677.419$$

8o. RESUMEN

| <u>Beneficiario</u> | <u>Indem. vencida</u> | <u>Indem. futura</u> | <u>TOTAL</u> |
|------------------------|-----------------------|-----------------------|-----------------------|
| Mercedes Cabrales | \$1.040.050.25 | \$2.986.677.41 | \$4.026.727.66 |
| Claudia Marcela Obando | \$ 535.839.30 | -0- | \$ 535.839.30 |
| TOTALES | <u>\$1.575.889.55</u> | <u>\$2.986.677.41</u> | <u>\$4.562.566.96</u> |

9o. Como los valores obtenidos corresponden a la liquidación efectuada con actualización hasta el 30 de junio de 1990, la Sala, con miras a la agili-

SECCION TERCERA

zación de este trámite, por economía procesal de beneficio para las partes y para la misma administración de justicia, en procura de que la liquidación de esta condena sea en concreto, considera que las cantidades ya liquidadas se deben actualizar para su cobro, con la fórmula:

$$V_p = V_h \frac{\text{Indice Final}}{\text{Indice Inicial}} = \text{donde};$$

V_p = Valor presente de la indemnización.

V_h = Capital o suma que se actualiza.

Ind. Final = Corresponde a la fecha de ejecutoria de esta providencia y será el I.P.C. certificado por el -DANE-.

Ind. Inicial = Corresponde a junio de 1990 (148.02).

Al aplicar estas fórmulas a las sumas liquidadas, se tiene:

a) MERCEDES CABRALES

1) INDEMNIZACION VENCIDA

$$V_p = 1.040.050.25 \frac{\text{Indice Final}}{148.02};$$

2) INDEMNIZACION FUTURA

$$V_p = 2.986.677.41 \frac{\text{Indice Final}}{148.02};$$

b) CLAUDIA MARCELA OBANDO.

INDEMNIZACION VENCIDA

$$V_p = 535.839.30 \frac{\text{Indice Final}}{148.02}$$

Con la información anterior, en la cual sólo falta establecer el índice de precios al consumidor para la fecha de ejecutoria de la sentencia y que se debe aportar por las interesadas, no hay lugar a efectuar operación diferente a la del desarrollo de cada fórmula y se obtiene así la liquidación de la condena, la cual dadas las circunstancias, deberá entenderse que se hace en concreto.

Con relación a los perjuicios materiales impetrados para los hijos mayores de 18 años, ya la Sala ha establecido en forma reiterada que los mismos

sólo se reconocen hasta cuando llegan a su mayoría de edad, por lo que tuvo razón el *a-quo* al denegar esa pretensión.

Sobre los perjuicios morales, ninguna objeción se ha formulado y también comparte la Sala el monto indemnizatorio equivalente a 1.000 gramos de oro fino para la cónyuge y cada uno de sus hijos.

Respecto de la tacha formulada contra el testigo Humberto Echeverry Echeverry, Teniente del F-2, y que el *a-quo* se abstuvo de considerarla "ya que fue propuesta luego de haberse recibido su declaración y no antes como lo exigen las claras voces del artículo 218 del C. de P.C.". (Fol. 558), si bien comparte la Sala el criterio de que dicha tacha no debe prosperar, sin embargo, se aclara, que según la norma mencionada, la tacha debe formularse "por escrito *antes* de la audiencia ... u oralmente *dentro* de ella", como en efecto lo hizo el apoderado de los demandantes. (fol. 465).

Por último, de lo expresado a través de esta providencia, resulta evidente que la Sala no reconoce culpa alguna de la víctima que atenúe la responsabilidad administrativa del ente demandado, por lo que no habrá lugar a modificar la condena por dicho motivo.

Por lo expuesto, parcialmente de acuerdo con la Señora Fiscal Segunda, 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., 2o., 4o., 5o., 6o. y 7o. de la sentencia proferida el 4 de julio de 1990, por el Tribunal Administrativo de Antioquia – Sección Segunda.

SEGUNDO: MODIFICASE el ordinal 3o. de la sentencia recurrida, el cual quedará así:

Como consecuencia de lo anterior, la Nación Ministerio de Defensa –Policía Nacional– pagará a la demandante Mercedes Cabrales de Obando la suma de cuatro millones veintiséis mil setecientos veintisiete pesos con 66/100 (\$4.026.727.66) moneda corriente; y a Claudia Marcela Obando Cabrales, la suma de quinientos treinta y cinco mil ochocientos treinta y nueve pesos con 30/100 (\$535.839.30) moneda corriente, por concepto de perjuicios materiales, líquidos con fecha junio 30 de 1990.

Las sumas anteriores serán actualizadas a la fecha de ejecutoria de esta providencia, conforme se señaló en la parte motiva de la misma. Por ello se entiende que esta condena es en concreto y para su actualización los intere-

SECCION TERCERA

sados deben aportar el certificado del DANE sobre el índice de precios al consumidor vigente para la fecha en que este fallo cobre ejecutoria.

TERCERO: Las interesadas deberán allegar con la cuenta de cobro el certificado que expida el Banco de la República sobre el precio que corresponda al gramo de oro en la fecha que esta decisión quede ejecutoriada.

COPIESE, NOTIFIQUESE, CUMPLASE Y DEVUELVA.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha, diez (10) de octubre de mil novecientos noventa y uno (1991).

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

PERJUICIOS MATERIALES—Determinación

Es desconcertante pretender que en tratándose de valoraciones económicas se aventure en precios, promedios y guarismos deducidos de ingeniosas operaciones intelectuales, infortunadamente ajenas a la realidad concreta de cada caso en particular. Este sistema de cálculo aproximado puede ser de recibo en estudios de orden académico y teórico, mas no admisible para imponer una obligación económica al Estado así su responsabilidad esté debidamente comprobada. La casi totalidad de las cifras monetarias tomadas en consideración por los peritos no resisten una comparación probatoria con los elementos demostrativos existentes en el proceso.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Santafé de Bogotá, D.C., once (11) de octubre de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Doctor Daniel Suárez Hernández.*

Referencia: Expediente No. 6624. Actor: Nubia Cecilia Ariza Rojas y Otros.

Conoce la Sala en grado de Consulta de la sentencia de 7 de noviembre de 1990 proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, mediante la cual se dispuso:

“PRIMERO.— DECLARASE administrativamente responsable a LA NACION — Departamento Administrativo de Seguridad —DAS— de los perjuicios ocasionados con la muerte de MARCO ANTONIO ARIZA ESCAMILLA, ocurrida el día 26 de septiembre de 1987 en esta ciudad, en las circunstancias anotadas en la parte motiva.

SECCION TERCERA

“SEGUNDO: CONDENASE A LA NACION – Departamento Administrativo de Seguridad –DAS– a pagar a los demandantes la suma de VEINTIUN MILLONES CIENTO NUEVE MIL DOSCIENTOS SESENTA Y CUATRO PESOS CON NOVENTA Y CUATRO CENTAVOS (\$21.109.264.94) por concepto de *perjuicios materiales*, discriminados así:

| | |
|---|-----------------|
| A ANA ELISA ROJAS DE ARIZA..... | \$10.976.817.76 |
| A NUBIA CECILIA ARIZA ROJAS..... | \$ 354.635.65 |
| A LIDIA MARIA ARIZA ROJAS o a quien sus derechos represente | \$ 1.169.453.27 |
| A ILBA EDILIA ARIZA ROJAS o a quien sus derechos represente | \$ 1.899.833.84 |
| A JORGE MAURICIO ARIZA ROJAS o a quien sus derechos represente | \$ 3.005.959.32 |
| A ZULLY YANETH ARIZA ROJAS o a quien sus derechos represente | \$ 3.702.565.07 |

“TERCERO.— CONDENASE A LA NACION – Departamento Administrativo de Seguridad –DAS– a pagar por concepto de PERJUCIOS MORALES, la suma equivalente a un mil (1.000) gramos de oro puro, al precio que certifique el Banco de la República a la fecha de ejecutoria de este fallo, a cada uno de los demandantes ANA ELISA ROJAS DE ARIZA, NUBIA CECILIA ARIZA ROJAS, LIDIA MARIA ARIZA ROJAS, JORGE MAURICIO ARIZA ROJAS, ILBA EDILIA ARIZA ROJAS y ZULLY YANETH ARIZA ROJAS, o a quien sus derechos represente.

“CUARTO: LA NACION – Departamento Administrativo de Seguridad –DAS– dará cumplimiento a este fallo dentro de los términos señalados en el Art. 176 del C.C.A.” (fols. 306 a 308).

I. ANTECEDENTES

1. Mediante demanda presentada el 8 de abril de 1988, la señora Nubia Cecilia Ariza Rojas y sus hijos solicitaron del Tribunal Administrativo de Santander que se declarara administrativamente responsable a la Nación –Departamento Administrativo de Seguridad –DAS– de la muerte del señor MARCO ANTONIO ARIZA ESCAMILLA, ocurrida en Bucaramanga el 26 de septiembre de 1987, y, como consecuencia de la anterior declaración, se la condenara al pago de los perjuicios materiales y morales ocasionados.

2. Los hechos de la demanda se pueden resumir así:

1. El 26 de septiembre de 1987, cuando viajaban en un campero hacia la ciudad de Bucaramanga los señores Marco Antonio Ariza Escamilla, Pedro

de Jesús Ariza Clavijo, Guillermo Bretón Patiño y Alberto Bretón Patiño, seguidos muy de cerca por Eduardo Bretón Patiño, Lizbeth Solano Schmitz y Mariela Patiño de Bretón quienes se movilizaban en su pequeño camión, en inmediaciones del sitio llamado “La curva del diablo”, fueron sobrepasados por otro vehículo del cual se apearon varios individuos que abrieron fuego contra las personas mencionadas, originándose un intercambio de disparos por la reacción que tuvieron los ocupantes de los vehículos inicialmente referidos.

2. Del anterior enfrentamiento resultaron lesionados Guillermo Bretón Patiño y Marco Antonio Ariza Escamilla, este último fue llevado a la Clínica de La Merced para atenderlo por la herida recibida en un muslo. Cuando allí se encontraba, también llegó en solicitud de atención médica Antonio María Pinto, quien junto con sus acompañantes resultaron ser miembros del Departamento Administrativo de Seguridad —DAS— y autores de las lesiones personales causadas a Ariza Escamilla. El aludido agente Pinto al reconocer al lesionado dio aviso a sus compañeros quienes de inmediato se vinieron contra el ya lesionado. Ariza quien optó por arrojarse de la camilla que ocupaba y se escondió en el departamento de enfermería de la Clínica, a puerta cerrada, pese a lo cual los agentes del Das haciendo ostentación de brutalidad e imprudencia, a disparos violentaron la puerta y con 27 impactos de bala ultimaron al mencionado Ariza Escamilla.

3. Al parecer, los agentes habían sido comisionados para interceptar dos vehículos cargados de armas que se dirigían hacia Bucaramanga por la carretera donde se produjo el enfrentamiento referido. El operativo se originó, al decir del funcionario que lo “organizó”, en una llamada anónima y ante la ausencia de personal disponible debió improvisar una patrulla con agentes que se encontraban en esos momentos por fuera del servicio.

4. Para arribar a la decisión que se transcribe al inicio de esta providencia, el *a-quo* se refirió, por separado a los elementos estructurales de la responsabilidad extracontractual administrativa, mediante un análisis probatorio y jurídico que la Sala prohija y que se puede sintetizar así:

a) “El hecho causante del daño”.

Su demostración la deriva de los testimonios de quienes fueron presenciales de los hechos antecedentes al homicidio de Marco Antonio Ariza, como son Pedro de Jesús Ariza (Fls. 201 a 203), Alberto Bretón Patiño (Fosl. 206 a 208) y Henry Rodríguez Rodríguez (Fls. 235 a 238). Sobre lo sucedido en la Clínica La Merced, declaran Antonio Peñaranda Molina (Fls. 142 a 143 v.), Luz Marina Duarte Patiño (fls. 143 v. a 146 v.) y Rosalba Angarita Pereira (fls. 150 a 152).

Considera el Tribunal que “No existe elemento de juicio en el proceso capaz de hacer poner en duda la veracidad de las anteriores versiones testimoniales”, las que encuentran mayor respaldo en la actuación disciplinaria que culminó en solicitud de sanciones de destitución y suspensión contra los agentes involucrados en los trágicos hechos.

b) “Falla del servicio”.

Consideró el Tribunal que los agentes del DAS “incurrieron en protuberantes fallas e irregularidades por la forma en que desarrollaron la misión a ellos encomendada”, por cuanto: “a) Omitieron colocar vallas o distintivos en el supuesto retén ...”; b) no se verificó la veracidad de la información telefónica, ni los agentes, ni el vehículo permitía distinguirlos como oficiales; c) más irresponsable fue el comportamiento de los detectives en la Clínica La Merced donde antes que proceder en cumplimiento de un deber legal, “sólo buscaron afanosamente la venganza”; d) Los autores del homicidio eran agentes del DAS y el día de los hechos se hallaban en ejercicio de sus funciones y en misión de servicio “comprometiendo con su actuar la responsabilidad de la administración por ostensible falla del servicio”.

c) “El daño”.

La muerte de Marco Antonio Ariza Escamilla ocasionó daños y perjuicios a sus familiares y allegados, no sólo de orden afectivo, sino de carácter pecuniario, como es fácil deducirlo del material probatorio recaudado.

d) “Relación de causalidad entre el hecho y el daño”.

La falla del servicio ocasionó el deceso violento de Marco Antonio Ariza Escamilla, sin que aparezca circunstancia alguna que rompa ese nexo causal. No hubo ni culpa de la víctima, ni el hecho de un tercero, ni fuerza mayor o caso fortuito.

En relación con los perjuicios materiales y morales, se dispuso en la sentencia consultada el reconocimiento y pago de \$21.109.264.94 por concepto de los primeros y el equivalente a 1.000 gramos de oro puro para cada uno de los demandantes, como indemnización de orden moral. Sin embargo, para la Sala el reconocimiento indemnizatorio debe modificarse y a ello se procederá a continuación.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Sea lo primero reiterar que la Sala encuentra ajustada a derecho la decisión del *a-quo* al declarar administrativamente responsable a la Nación –Departamento Administrativo de Seguridad –DAS– por la muerte violenta de Marco Antonio Ariza Escamilla, toda vez que en el proceso se demost

ron suficientemente los elementos de la responsabilidad, a saber: falla o falta en la prestación del servicio, daño en el patrimonio económico y moral del administrado y relación de causalidad, o, nexo causal entre éste y aquélla.

2. No comparte en cambio la Sala, la decisión objeto de consulta en lo relacionado con el reconocimiento de los perjuicios materiales en favor de los demandantes por las siguientes razones:

a) Si bien es cierto que los abogados que actuaron como peritos avaluadores de los perjuicios materiales originados en el deceso del señor Ariza Escamilla, realmente procuraron cumplir su cometido con la mejor voluntad y responsabilidad, sus conclusiones no son de recibo en esta oportunidad procesal por los motivos que adelante se determinarán.

b) El Tribunal compartió parcialmente la experticia porque no aceptó el pago de la reparación del vehículo Toyota que transportaba a la víctima cuando fueron atacados en la carretera, por cuanto la factura de pago de la reparación no había sido reconocida por quien recibió los pagos. Dicho valor corresponde a \$481.572.96.

Adicional a lo dicho por el *a-quo* con respecto a la factura mencionada, anota la Sala que si bien el pago pudo efectuarse, no se ha establecido en cambio, que el vehículo reparado fuera de propiedad del occiso, omisión probatoria que impide hacer tal reconocimiento en favor de una persona no acreditada legalmente como dueña del vehículo afectado por la actuación de los agentes oficiales. En consecuencia no hay lugar al pago indemnizatorio por concepto de daño emergente.

c) Con miras a establecer los ingresos del fallecido Ariza Escamilla, los peritos acudieron a diversas fuentes de información. Sin embargo, advierte la Sala que al valorar cada una de ellas, los expertos acudieron en exceso a personales criterios de interpretación, respaldados más en conceptos estrictamente subjetivos que en los datos objetivos y reales obrantes en el proceso. Sin desconocer el interés de los avaluadores en el cumplimiento de su labor auxiliar, debe la Sala aclarar que en ningún caso, dada la naturaleza del trabajo pericial, se puede admitir la sustitución de datos y antecedentes demostrativos de una determinada circunstancia, por hipótesis, conjeturas o suposiciones carentes de un claro respaldo probatorio procesal.

Por lo anterior, resulta inaceptable probatoriamente la genérica afirmación de que “el contribuyente tiende a ocultar su real ingreso, a fin de eludir las cargas tributarias, y el allegado a exagerar las cuantías de este y de las ayudas percibidas por los titulares de la acción indemnizatoria frente al Estado, para acrecentar el monto de la indemnización”, cuando precisamente los peritos desconocen en el caso real y concreto el comportamiento tributario del occiso y el monto preciso de los ingresos del mismos que permita aceptar como inequívoca la información que aportaron los “allegados”.

SECCION TERCERA

d) Los expertos mediante una serie de razonamientos de carácter general, ajenos a la realidad procesal, ubican al occiso como un comerciante "colocador" de ganado bovino y con fundamentos en cifras y promedios también genéricos, intentan estructurar los ingresos del fallecido Ariza Escamilla y acuden a un estimativo de capital de trabajo de \$30.000.000 para comercializar un promedio de 330 reses al mes, de las cuales derivaba una utilidad neta de \$546.000 mensuales.

Es desconcertante pretender que en tratándose de valoraciones económicas se aventure en precios, promedios y guarismos deducidos de ingeniosas operaciones intelectuales, desafortunadamente ajenas a la realidad concreta de cada caso en particular. Ese sistema de cálculo aproximado puede ser de recibo en estudios de orden académico y teórico, mas no admisible para imponer una obligación económica al Estado así su responsabilidad esté debidamente comprobada.

Estima la Sala que la casi totalidad de las cifras monetarias tomadas en consideración por los peritos no resisten una comparación probatoria con los elementos demostrativos existentes en el proceso, ya sean de orden testifical, mucho menos frente a la prueba documental, de donde se concluye que la cantidad de \$225.318.00 tomada como ingresos líquidos mensuales del occiso no pasa de ser el producto artificial del inquieto intelecto de los expertos, ajeno a la realidad procesal.

e) Contra reiterada jurisprudencia de la Sala los peritos calcularon en un 50% de los ingresos, la suma que destinaba el occiso para atender a sus propias necesidades, desconociendo sin razón que ha sido criterio permanente de esta Sección calcular en un 25% de los ingresos de la víctima, la suma destinada para proveer a sus necesidades personales.

Obviamente, esta errada proporción se proyecta en las cifras y porcentajes que los peritos calcularon respecto del monto indemnizatorio liquidado para cada uno de los demandantes.

f) De igual manera desconocieron los expertos, el reiterado criterio de la Sala según el cual el lucro cesante para los menores se reconoce y liquida hasta cuando cumplan 18 años de edad. Al liquidar la indemnización por dicho concepto hasta que los hijos menores cumplan 21 años, sin razón verdadera se apartaron de la vía jurisprudencial que permanentemente ha seguido la Corporación.

g) Para la Sala resulta manifiesta la deficiencia probatoria acerca de los ingresos económicos reales del occiso Ariza Escamilla. No es fácil compaginar el presunto y considerable movimiento económico que a su manera dedujeron los peritos, con la falta de pruebas sobre distintos aspectos que pudie-

ran siquiera indiciariamente respaldar las subjetivas operaciones y conclusiones de la experticia.

En efecto: ¿Que era propietario de un inmueble rural como se dice en el proceso? No se aportaron los títulos correspondientes, por ejemplo, de la finca "La Maporita".

¿Que poseía vehículos automotores? No se allegaron los documentos que lo acreditaban como propietario.

¿Que negociaba en lechería? Faltó comprobarlo.

¿Que mantenía una sociedad de hecho con uno de los testigos?

Esta no alcanza a entender cuando resulta comercializada una cantidad de pieles superior en un 300/o a las sacrificadas en Bucaramanga. Además, aparte del dicho exagerado del supuesto socio de hecho, lo cierto es que no hay comprobación cierta del movimiento económico, ni de la existencia de dicha sociedad.

h) Las deficiencias probatorias advertidas se relievan aún más ante la ausencia considerable de prueba documental. Precisamente por ello los peritos, en exceso de sus deberes, pretendieron; desde luego, con el afán de cumplir mejor su cometido, suplir por ellos mismos la pobreza demostrativa documental sobre los ingresos económicos de la víctima.

Si en verdad la actividad económica comercial de Ariza Escamilla era tan próspera como se pretende, resulta en extremo, por lo menos curioso, la imposibilidad de aportar documentos que respalden no sólo su verdadera capacidad económica sino el origen de la misma. Porque es evidente que, aún hipotéticamente admitido el volumen de \$60.000.000 de egresos a que aluden los peritos, de igual manera ese valor debió ingresar antes al patrimonio del occiso. ¿Cómo y de dónde provienen esos ingresos? Por elemental y rudimentario que sea el sistema de cuentas o contabilidad, que no debió de serlo así si se observan los comprobantes de egreso aportados como prueba, la parte interesada ha debido allegar al proceso la documentación correspondiente. Era una carga que legalmente le correspondía, si en efecto buscaba un reconocimiento indemnizatorio, cuyo monto por propia omisión no comprobó.

De las anteriores apreciaciones, concluye la Sala que la experticia sobre la cual el Tribunal fundamentó la liquidación de perjuicios no ofrece las suficientes garantías de precisión y objetividad en sus premisas aritméticas y en sus resultados para efecto de establecer el monto indemnizatorio en favor de los demandantes.

Como el *a-quo* acogió tal peritaje prácticamente sin reservas, deberán modificarse las condenas impuestas, no sin advertir que el juzgador en ningún caso puede dejar en manos de los peritos el "análisis" de los testimonios, conforme a la observación que en tal sentido hace el Tribunal en la Sentencia (fol. 303). Los expertos cumplen funciones muy distintas a las del fallador, son simples auxiliares de éste, cuya función de orden técnica y especializada deben atender sin adentrarse en los predios excluyentes del juzgador.

3. Ahora bien, como con la copia del registro civil de nacimiento (Fol. 136), se comprueba que la demandante Nubia Cecilia Ariza Rojas nació el 7 de septiembre de 1968, tan solo cuatro meses veintiún días después del matrimonio de Marco Antonio Ariza Escamilla y Ana Elisa Rojas de Ariza, efectuado el 15 de abril de 1968 (Fol. 4), se deduce que legalmente la mencionada demandante no ostenta la condición de hija legítima de los mismos dado que no fue concebida dentro del matrimonio, pues nació antes de expirados los 180 días subsiguientes al mismo, conforme a lo establecido en los artículos 92, 213 y 214 del Código Civil. Tal circunstancia que no permite a la Sala reconocerle su estado de hija legítima del occiso, no impide, sin embargo, para los efectos de este proceso, hacer el reconocimiento de perjuicios morales a favor, puesto que su propio padre personalmente la declaró como hija suya al momento de registrar su nacimiento en la Alcaldía Municipal de La Belleza, (Ley 45 de 1936 y Ley 75 de 1968).

4. En cuanto a los perjuicios morales reconocidos a la viuda y sus demás hijos, en cuantía a 1.000 gramos de oro para cada uno, estima la Sala que debe confirmarse tal reconocimiento en la forma y valor establecidos por el *a-quo*.

5. De las consideraciones hasta el momento realizadas concluye la Sala que la sentencia consultada debe modificarse en todo lo relacionado con el reconocimiento y cuantificación de la indemnización por perjuicios materiales. Por consiguiente, ante la ausencia de comprobación cierta y real de los ingresos económicos del occiso Ariza Escamilla, por cuanto se admite que era una persona laboralmente productiva, se debe aceptar y acudir como lo ha establecido la jurisprudencia de la Sala, a calcular sus ingresos tomando en consideración el salario mínimo legal vigente para la época de su fallecimiento, es decir, para el 26 de septiembre de 1987, el que de acuerdo con el Decreto 3732 de 1986 era de \$20.509.80 mensuales.

Con miras a la liquidación de los perjuicios materiales que se reconocen en favor de los demandantes, se señalan las siguientes pautas:

a) Se tendrá como valor mensual de los ingresos del occiso la cantidad de \$20.509.80 mensuales correspondientes al salario mínimo legal que regía el 26 de septiembre de 1987.

b) Se tendrá en cuenta la vida probable de la víctima y la de su cónyuge sobreviviente, así como las edades de los hijos menores quienes solamente percibirán indemnización hasta cuando cada uno de ellos cumpla 18 años de edad.

c) Para efecto de las probabilidades de vida se tendrán en cuenta la Tabla Colombiana de Mortalidad, actualmente vigente, adoptada por la Superintendencia Bancaria.

d) Se tomarán en cuenta dos períodos: El primero correspondiente a la indemnización debida o consolidada, desde el 26 de septiembre de 1987, hasta la fecha de ejecutoria de esta providencia; y la indemnización anticipada o futura que se contará a partir de esta última fecha hasta el cumplimiento de la vida probable de la víctima o de su cónyuge si ésta última fuese menor. Con relación a los hijos menores de edad, se contará este período hasta su mayor edad, o sea 18 años.

e) El monto de la indemnización se determinará tomando el 75% de los ingresos y se actualizará conforme a las orientaciones jurisprudenciales de la Sala, para lo cual se allegarán los índices de precios al consumidor certificados por el -DANE- para el mes de agosto de 1987 y para el mes anterior a la ejecutoria de esta providencia.

f) Para liquidar la indemnización por personas, el 75% se fraccionará en dos partes iguales, de las cuales una corresponderá a la cónyuge y la otra se dividirá por cabezas entre los hijos menores de edad.

g) Se tendrán en cuenta los procedimientos y fórmulas tradicionalmente utilizadas por la Sala así:

1) Para actualización de la renta:

$$Ra = S \frac{\text{Ind. final}}{\text{Ind. inicial}}$$

2) Para la indemnización vencida:

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

3) Para la indemnización futura:

$$S = Ra \times F$$

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

SECCION TERCERA

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: Confírmense los ordinales primero, tercero, y cuarto, de la providencia fechada el 7 de noviembre de 1990 y proferida por el Tribunal Administrativo de Santander.

SEGUNDO: Modifícase el ordinal segundo de la sentencia consultada, el cual quedará así:

Condénase en abstracto a la Nación — Departamento Administrativo de Seguridad —DAS— a pagar a la señora Ana Elisa Rojas de Ariza y a sus hijos Lidia María, Ilba Edilia, Jorge Mauricio y Zully Yaneth Ariza Rojas o a quien sus derechos represente, el valor de los perjuicios materiales liquidados mediante el procedimiento señalado en la parte motiva de este fallo.

TERCERO: Tramítense incidente, conforme a lo dispuesto por los artículos 137 del C. de P.C. y 172 del C.C.A. para efectos de liquidar el lucro cesante reconocido en favor de la esposa y los hijos del señor Marco Antonio Ariza Escamilla. La parte actora deberá intentar la tramitación incidental dentro de los 60 días siguientes al de la notificación del auto que profiera el Tribunal en que disponga dar cumplimiento a lo decidido en este fallo, atendiendo las orientaciones y cantidades consagradas en la parte motiva.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha, diez (10) de octubre de mil novecientos noventa y uno (1991).

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

FALLA DEL SERVICIO DEL EJERCITO

Las conductas delictivas que pueden y deben generar la reacción del Estado encargado de reprimirlas no lo autorizan, sin embargo, a suprimir la vida de los agentes o cómplices, o colaboradores en las mismas, salvo que la excepcional gravedad de los acontecimientos no permita ninguna otra salida eficaz para enfrentar el ilícito. En el caso bajo examen, todo indica que los miembros del Ejército pudieron inmovilizar el taxi en que viajaban los autores del ilícito, capturarlos y someterlos a las penas que prevén las leyes, previo el juicio respectivo.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Santafé de Bogotá, D.C., once (11) de octubre de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Doctor Juan de Dios Montes Hernández.*

Referencia: Expediente No. 5647. Actor: José Alvaro Giraldo Castillo.

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de la Nación en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo del Quindío el 21 de septiembre de 1988, mediante la cual decidió:

“1.— Declárase administrativamente responsable a la Nación Colombiana —Ministerio de Defensa Nacional—, de los perjuicios morales ocasionados a los demandantes con la muerte de William Giraldo Marín ocurrida en el sector de la calle 21 con carrera 26 de esta ciudad, el 6 de agosto de 1987, a manos de un destacamento del Ejército Nacional, que en cumplimiento de misión oficial, disparó armas de dotación oficial

en contra del automóvil Ford de servicio público, con placas WH 03-12, adscrito a la empresa Tax Páramo, del que era conductor el occiso.

“2.— Consecuencialmente, condénese a la Nación Colombiana —Ministerio de Defensa Nacional—, a pagarle por concepto de perjuicios morales a las siguientes personas, lo que se señala a continuación:

“a) A José Giraldo Castillo y María Ligia Marín Mejía, el equivalente en moneda colombiana a 1.000 gramos oro para cada uno, conforme a la cotización que el Banco de la República le tenga señalada a dicho metal a la fecha de la ejecutoria de esta sentencia.

“b) A Alberto de Jesús y Hernán Giraldo Marín y Miriam Giraldo de Hincapié, el equivalente en moneda colombiana a 250 gramos oro para cada uno, de acuerdo a la cotización que el Banco de la República le tenga señalada a dicho metal para la fecha de la ejecutoria de esta sentencia.

“3.— Niéganse las demás peticiones formuladas en la demanda.

“4.— Sin costas en esta instancia.

“5.— Si no fuere recurrida esta providencia, consúltese con el superior.

“6.— Una vez en firme esta providencia, háganse las comunicaciones del caso para su ejecución y cumplimiento y archívese el expediente”. (fls. 88 a 89 C. 1).

ANTECEDENTES PROCESALES

1. **La demanda.** El 16 de febrero de 1988, por medio de apoderado judicial constituido conforme a la ley, comparecieron ante el Tribunal Contencioso Administrativo del Quindío los señores JOSE ALVARO GIRALDO CASTILLO, MARIA LIGIA MARIN, ALBERTO DE JESUS, MIRIAM y HERNAN GIRALDO MARIN y, en ejercicio de la acción de reparación directa, instauraron demanda en contra de la NACION COLOMBIANA, en la cual formularon las pretensiones siguientes:

“1o. Declárase a la Nación Colombiana (Ministerio de Defensa Nacional) administrativamente responsable de la muerte del Sr. WILLIAM GIRALDO MARIN y por consiguiente de los daños y perjuicios materiales y morales ocasionados a JOSE ALVARO GIRALDO CASTILLO (Padre), MARIA LIGIA MARIN (Madre), ALBERTO DE JESUS, MIRIAM y HERNAN GIRALDO MARIN (Hermanos), ocurrida en el sector de la calle 21 con carrera 26, jurisdicción de Armenia (Q), el 6 de agosto de 1987, muerte atribuible a la Nación Colombiana por falla

en el servicio o en la Administración, pues fue un destacamento del Ejército Nacional, quienes en cumplimiento de misiones oficiales, dispararon armas de dotación oficial en contra del automóvil FORD de servicio público, WH 03-12, adscrito a la Empresa Tax Páramo, en el cual se desempeñaba como motorista WILLIAM GIRALDO MARIN, quien para esa fecha cumplía funciones propias de su cargo, desplazando a los Sres. HUMBERTO URIBE BARRERO y LIBARDO RESTREPO CAMPUZANO.

“Como consecuencia de la anterior declaración háganse las siguientes o similares condenas:

“a). Condénese a la Nación Colombiana (Ministerio de Defensa Nacional) a pagar a JOSE ALVARO GIRALDO CASTILLO (Padre) o a quienes sus derechos representaren al momento del fallo los daños y perjuicios materiales en la modalidad de LUCRO CESANTE, más los intereses compensatorios desde la fecha de su causación, hasta cuando se produzca la Indemnización en la cuantía que resultare demostrada dentro del proceso, con la muerte de WILLIAM GIRALDO MARIN, ocurrida en el Sector de la Calle 21 con carrera 26, jurisdicción de Armenia (Q), el 6 de agosto de 1987, muerte atribuible a la Nación Colombiana, por falla en el servicio o en la administración, pues fue un destacamento del Ejército Nacional, que en cumplimiento de misiones oficiales, dispararon armas de dotación oficial en contra del automóvil FORD de servicio público, de placas WH 03-12, adscrito a la Empresa Tax Páramo, en el cual se desempeñaba como motorista el hoy interfecto, quien para esa fecha cumplía funciones propias de su cargo, desplazando a los señores HUMBERTO URIBE BARRERO y LIBARDO RESTREPO CAMPUZANO.

“El pago de estos perjuicios se hará teniendo en cuenta la Variación Porcentual del Índice Nacional de Precios al Consumidor, entre las fechas del —sic— causación del daño y perjuicio y la sentencia.

“SUBSIDIARIAMENTE:

“A falta de bases suficientes para la fijación matemático-actuarial de la indemnización que se le debe, el Tribunal la fijará en el equivalente en pesos de la fecha de la ejecutoria de la sentencia de cuatro mil (4.000) gramos oro fino, conforme a la certificación que expida el Banco de la República (Art. 107 del C.P. y 8o. de la Ley 153 de 1887).

“De acuerdo al Art. 1653 del C.C., todo pago se imputará primero a intereses.

“b) Condénase a la Nación Colombiana (Ministerio de Defensa Nacional), a pagar a JOSE ALVARO GIRALDO CASTILLO (Padre) y a

MARIA LIGIA MARIN (Madre), o a quien o quienes sus derechos representaren al momento del fallo, los daños y perjuicios morales ocasionados con la muerte de su hijo WILLIAM GIRALDO MARIN, ocurrida en las circunstancias de modo, tiempo y lugar ya citadas en el literal inmediatamente anterior, hechos ocurridos el 6 de agosto de 1987, en el Municipio de Armenia (Q). El Código Penal estima estos perjuicios en el equivalente en pesos a un mil gramos (1.000) oro fino, conforme a la certificación que sobre el precio internacional del gramo oro expida el Banco de la República.

“Por lo anterior, concretamos nuestra reclamación en el equivalente en pesos, a la fecha de ejecutoria de la sentencia, de un mil (1.000) gramos oro fino, para cada uno de los padres, ya citados en este literal.

“c) Condénese a la Nación Colombiana (Ministerio de Defensa Nacional) a pagar a ALBERTO DE JESUS, MIRIAM y HERNAN GIRALDO MARIN (Hermanos), o a quien o quienes sus derechos representaren al momento del fallo, los daños y perjuicios morales ocasionados con la muerte de su hermano WILLIAM GIRALDO MARIN, ocurrida en las circunstancias de modo, tiempo y lugar ya citados en el literal a), hechos ocurridos el 6 de agosto de 1987 en el Municipio de Armenia (Q). El Código Penal, en su Artículo 106 establece los límites de un mínimo y un máximo, situación que nos permite solicitar quinientos gramos oro fino de acuerdo a la certificación del Banco de la República para cada uno de ellos.

“d) Condénese a la Nación Colombiana (Ministerio de Defensa Nacional) a pagar a las personas enunciadas en los literales a), b), c), o a quien o quienes sus derechos representaren al momento del fallo, los intereses aumentados con la Variación Promedio Mensual del Índice de Precios al Consumidor, desde la fecha de la sentencia, hasta cuando se produzca su efectivo cumplimiento.

“La Nación Colombiana dará cumplimiento a la sentencia dentro de los 30 días siguientes a su existencia, conforme a lo ordenado en los Arts. 176, 177 y 178 del C.C.A.” (fls. 12 a 15 C. 1).

Estas pretensiones se fundan —según los actores— en hechos que narran con este texto:

“1o. El Señor WILLIAM GIRALDO MARIN, tenía como profesión la de motorista, la cual era desempeñada en un vehículo FORD de servicio público, de placas WH 03-12, adscrito a la Empresa ‘TAX PARAMO’ de la ciudad de Armenia (Q).

“2o. El 6 de agosto de 1987, WILLIAM GIRALDO MARIN, debió ser contratado para el desempeño de sus funciones por los ciudadanos

HUMBERTO URIBE BARRERO y LIBARDO RESTREPO CAMPUZANO y por tal motivo llegaron hasta el sector de la Calle 21 con carrera 26, donde al parecer adelantaron éstos algunas gestiones ilícitas que hicieron precisa la intervención de algunos miembros del Ejército Nacional.

“3o. En efecto, una patrulla integrada por suboficiales y comandada por un oficial se desplazó hasta el sector ya mencionado por cuanto tenían noticias que en el lugar se hallaban personas sospechosas. Una vez allí, observaron que uno de los sujetos, *diferente al taxista*, llevaba una talega de la que sobresalía la trompetilla de fusil. Al pretender abordar el vehículo de servicio público, se escuchó en repetidas oportunidades y desde varios ángulos las detonaciones producidas por armas de dotación que hicieron blanco en los tres hombres, *incluyendo al motorista*.

“4o. La patrulla del Ejército Nacional encargada del operativo estaba comandada por el Teniente OSCAR EDUARDO CABRERA e integrada por los suboficiales OSEAS CORDOBA REYES, JHON PEREZ URIBE, JOSE FERNEL MESA LOPEZ y ARNULFO RUANA VIZZCAYA, quienes portaban diferentes armas de dotación oficial.

“5o. Al efectuar la diligencia del levantamiento de los cadáveres, que comportaba por lo tanto la inspección del vehículo automotor, se pudo constatar la existencia de un fusil del Ejército Nacional con algunos proveedores y proyectiles, *pero totalmente desarmado*. En iguales condiciones, se comprobó la INEXISTENCIA de cualquier otro tipo de arma.

“6o. La acción de los encargados del procedimiento militar dio como resultado la muerte del motorista WILLIAM GIRALDO MARIN y de sus dos pasajeros, ya citados, lo mismo que la destrucción del vehículo. En efecto, los dos parabrisas delantero y trasero fueron destruidos, lo mismo que la totalidad de ventanillas; la puerta delantera izquierda correspondiente a la del conductor, presentaba cinco (5) orificios de bala, lo mismo que la puerta trasera del lado izquierdo. Y como si lo anterior no fuera suficiente, se evidenciaron huellas de violencia, en la parte interior del techo.

“7o. El oficial y los suboficiales del Ejército Nacional dispararon sus armas sin necesidad, puesto que era fácil someter a aquellas personas sin aplicárseles la pena de muerte. Obsérvese como no fueron agredidos, situación que permite conceptuar que los militares no estaban frente a un peligro y además podían ser reducidos sin ninguna dificultad.

“8o. Bastaba entonces intimidarles captura, disparar al aire o al espacio, al vehículo en sus partes bajas, pero en todo caso protegiendo la vida de

los ocupantes del automotor. Así lo dispone todos los reglamentos de vigilancia, proferidos para casos como el de autos.

"9o. Otra circunstancia que permite evaluar la situación nos indica que el vehículo automotor conducido por WILLIAM GIRALDO MARIN estaba ubicado en la mitad de la calzada y los militares dispersos en el sector con perfecto dominio de la situación, pues se trataba de una de las calles aledañas al Batallón Cisneros de la ciudad de Armenia (Q).

"10. Los militares que intervinieron eran integrantes del Batallón Cisneros, adscrito a la Octava Brigada de Armenia (Q) y estaban en cumplimiento de funciones oficiales.

"11. De acuerdo al protocolo de necropsia (agosto 7 de 1987), oficio No. 207, firmado por el Médico JAIRO HERRERA SANINT, la muerte de WILLIAM GIRALDO MARIN fue consecuencia de 'Herida por proyectil de arma de fuego en cráneo, destrucción de masa cerebral'. Y en la cavidad craneana fue descrita la siguiente huella de violencia 'Herida por proyectil de arma de fuego el cual penetró en región frontal superior y produjo gran destrucción con pérdida de la arquitectura cerebral hematoma intra y extracerebrales, destrucción de meninges, cerebro y cerebelo, herida de características necesariamente mortal'

"En las restantes exploraciones, no fueron halladas otras huellas de violencia, aspecto que será de fundamental importancia para la determinación de la falta de la administración o falla del servicio.

"12. En la experticia de agosto 7 de 1987, oficio No. 231, referente a LIBARDO RESTREPO CAMPUZANO, anota el médico legista respecto de la cavidad craneana: 'herida por proyectil de arma de fuego con orificio de entrada en región malar derecha y salida en parietal izquierdo, con dirección de afuera adentro, de derecho a izquierda y de adelante atrás, produce destrucción de ambos hemisferios con pérdida de la arquitectura, fractura conminutiva de base de cráneo. Esta herida es de características necesariamente mortal'.

"En la cavidad torácica se observa: "Herida por proyectil de arma de fuego con orificio de entrada en quinto espacio intercostal izquierdo por dentro de la línea medio-clavicular, sigue una dirección de derecha a izquierda, de adelante atrás, produciendo herida de 3 cms. en ventrículo izquierdo, el proyectil no fue localizado. Esta herida es de características necesariamente mortal'.

"Respecto de la cavidad abdominal 'orificio de entrada en hipocondrio derecho, sin orificio de salida, produjo heridas en número de tres en hígado, formando ambos lóbulos'.

“Además de las heridas anteriores, presentá otras en número de dos en brazo derecho y otras dos en muslo derecho.

“13. En el protocolo de necropsia de HUMBERTO URIBE, de agosto 7 de 1987, oficio No. 232 se lee: ‘Hombre joven con múltiples heridas por proyectil de arma de fuego así: quemadura en región superciliar derecha; herida en región frontal derecha; quemadura en mejilla derecha; dos heridas en hombro derecho; heridas en brazo derecho una de las cuales penetra en cara externa, tercio medio de brazo derecho, sale en cara interna, penetra necesariamente en hemitórax derecho y sale por el izquierdo, dicha herida produce del cono de la pulmonar, herida en ambos ventrículos, herida bilateral de pulmones, hemoneumotórax bilateral, es de características necesariamente mortal’. Además dos heridas en cara de muslo derecho’.

“Por lo anterior concluye el legista ‘Anemia aguda por heridas múltiples de proyectil de arma de fuego’.

“14. Basta leer las necropsias, para concluir que el procedimiento militar fue marcadamente excesivo e irrespetuoso de las normas que gobiernan la utilización de las armas de Estado. Se le aplicó la pena de muerte a los tres hombres ciudadanos anotados con clara violación del Art. 29 de la Constitución Nacional.

“15. WILLIAM GIRALDO MARIN, había nacido el 18 de julio de 1955 en Pereira y tenía al morir una edad aproximada de 32 años y una esperanza de vida de 33 años de conformidad con el protocolo del médico legista.

“16. WILLIAM GIRALDO MARIN había contraído matrimonio con LUZ ESTELLA SERNA DE GIRALDO el 24 de abril de 1976, según partida que aparece en la Notaría Segunda de Pereira, en el tomo 29, folio 188.

“17. Por razones que no es de nuestro resorte averiguar, el matrimonio de WILLIAM GIRALDO MARIN y LUZ ESTELLA SERNA, no fue el más ortodoxo, llegando los contrayentes a separarse. Tal vez por esta razón, su esposa vivía en la ciudad de Pereira, con su pequeña hija DIANA MILENA GIRALDO, mientras que el hoy interfecto, residía con sus padres y sus hermanos bajo el mismo techo en la Carrera 15 No. 54-27, Barrio La Castilla en Armenia (Q).

“18. A WILLIAM GIRALDO MARIN le sobreviven sus padres JOSE ALVARO GIRALDO CASTILLO y MARIA LIGIA MARIN, además de sus hermanos ALBERTO DE JESUS, MIRIAM y HERNAN GIRALDO MARIN, quienes se han constituido en actores de este proceso.

“19. WILLIAM GIRALDO MARIN se desempeñaba como taxista en la empresa ‘TAX PARAMO’ y para el momento de su fallecimiento manejaba el vehículo automotor de placas WH 03-12, de servicio público, de propiedad del Sr. NELSON CASTRO MOLINA, labor en la que derivaba unos ingresos aproximados a los ochenta mil pesos mensuales (\$80.000.00), suma de la que entregaba a su señor padre JOSE ALVARO GIRALDO CASTILLO la suma de cuarenta mil pesos mensuales (\$40.000.00) como contribución para el sostenimiento del hogar y en parte, como retribución porque era allí donde dormía, comía y obtenía el arreglo de su vestido.

“20. JOSE ALVARO GIRALDO CASTILLO, padre de WILLIAM, reclama perjuicios materiales en la modalidad de LUCRO CESANTE (Art. 1614 del C.C.), consistentes en la privación de la ayuda económica que le prestaba periódicamente por las razones anotadas en el numeral inmediatamente anterior y por vivir bajo un mismo techo. Estos perjuicios se dosificarán teniendo en cuenta: la supervivencia de la víctima; la supervivencia del padre reclamante; los ingresos económicos; la destinación que les daba; su ocupación habitual; la falta de productividad —LUCRO CESANTE—, igual por lo menos a los intereses con corrección monetaria de la indemnización, causada desde la fecha de la muerte, hasta cuando se produzca su efectivo cumplimiento, liquidación que se hará teniendo en cuenta el factor por renta, aceptado por la Jurisprudencia y la Doctrina para la estimación de la indemnización futura.

“21. La reclamación de los perjuicios materiales se efectúan en la calidad de padre legítimo que lo es el actor del proceso con el fallecido.

“22. En la estimación de los perjuicios materiales se diferenciará: LA INDEMNIZACION CONSOLIDADA, constituida por las sumas dejadas de percibir desde el momento de la muerte (6 de agosto de 1987) hasta la presentación de la demanda (febrero 15 de 1988), arrojando un total de seis meses aproximadamente que multiplicada por la suma periódica que recibía don JOSE ALVARO, nos proporciona un total de \$240.000.00; LA INDEMNIZACION FUTURA, que se dosificará atendiendo la supervivencia de la víctima; y, la del padre reclamante, teniendo en cuenta el promedio mensual del Índice Nacional de Precios al Consumidor desde el momento de la ocurrencia del hecho que origina responsabilidad, hasta la fecha en que se fije como tope de la indemnización.

“23. Por perjuicios morales, se han solicitado el equivalente a un mil (1.000) gramos oro fino para cada uno de los padres y el equivalente a 500 gramos oro para cada uno de los hermanos, teniendo en cuenta la calidad del parentesco, la ayuda mutua y la solidaridad existente entre ellos, presupuestos indefectibles para la procedencia de la reclamación.

“24. Como sabemos que tratándose de hermanos debe darse ciertos elementos de juicio al fallador, nos detenemos en este aspecto e insistimos en su procedencia. WILLIAM GIRALDO vivió aproximadamente durante 3 años con su legítima esposa, período después del cual regresó a su hogar paterno, para vivir bajo el mismo techo con sus padres y con sus hermanos, hasta el momento de su muerte.

“25. Por razón de esas circunstancias, sus relaciones debían ser fraternales, de solidaridad y aprecio fraterno, que permiten suponer daños y perjuicios morales para los hermanos.

“26. Nuestra Corporación regional del Quindío (De lo Contencioso Administrativo), ha seguido la Doctrina y Jurisprudencia Nacional en el sentido de otorgar la indemnización máxima para los padres y un equivalente a 500 gramos —sic— para los hermanos. Así lo ha reconocido en varios fallos, de los que citamos el de reparación directa, Actor; PEDRO RESTREPO SURAY y otros, lo mismo que el de JAIME ECHEVERRY VERA.

“27. Observados los hechos; el personal militar que intervino (Adscritos al Batallón Cisneros de la Octava Brigada de Armenia); los elementos utilizados (Armas de dotación oficial y); las funciones que desempeñaban (Un operativo militar); los hallazgos del médico legista (protocolos de necropsia); la calidad de los reclamantes (Parientes próximos); los perjuicios causados (materiales y morales) se concluye la falta de la administración y por consiguiente la relación de causalidad”. (fls. 15 a 23 C. 1).

2. Trámite en la primera instancia. El Tribunal admitió la demanda (fls. 41 del C. 1) y notificó el auto de admisión al Secretario General del Ministerio de Defensa, representante de la Nación en este caso; la apoderada especial, constituida en el momento de la notificación, contestó la demanda; sobre los hechos manifestó atenerse a cuanto resultase probado; alegó en defensa de los intereses de su patrocinada la culpa de la víctima, y pidió pruebas (fls. 1 – 3 C. 2).

El *a-quo*, en autos separados (fls. 1 – 3 y 1 de los cuadernos 2 y 3) decretó las pruebas solicitadas por las partes y señaló, para su práctica, un término de cuarenta días, a cuyo vencimiento trasladó el negocio para las alegaciones finales de la instancia. Compareció la apoderada judicial de la Nación para manifestar que no existió falla de servicio y que, de haberla, el Estado se exonera de responsabilidad por la culpa de la víctima (fls. 53 a 56 C. 1); también aportó su escrito el procurador judicial de los actores (fls. 64 a 71) para quien la falla del servicio está suficientemente demostrada con el material probatorio recogido en el expediente algunas de cuyas piezas relaciona y analiza; otro tanto afirma en lo relativo al perjuicio y al nexo

causa-efecto que completa los presupuestos de la responsabilidad administrativa.

El Fiscal del Tribunal encuentra probados la falla del servicio, el daño y la unión causal, razón que lo determina a solicitar se acceda a las pretensiones de la demanda con excepción de los perjuicios demandados por los hermanos del muerto.

3. El fallo impugnado. La decisión del *a-quo* se fundamenta en las consideraciones siguientes:

“1.— Las autoridades de la República están instituidas para proteger a los habitantes del territorio nacional en sus vidas, honra y bienes (art. 16 C.N.). Las Fuerzas Militares, entre las cuales se encuentra el Ejército Nacional, están constituidas por las organizaciones instruidas y conforme a la técnica militar y constitucionalmente destinadas a la defensa de la soberanía nacional y de las instituciones patrias (art. 1o. Decreto 3071 de 1968), por lo tanto, al tener como fines principios tan esenciales y primordiales para la existencia del Estado mismo, tenemos que concluir que como autoridad que son, están obligadas en forma preferencial al cumplimiento de la norma constitucional antes citada.

“Se afirma en el presente proceso que el 6 de agosto de 1987 entre las 8 y 9 de la noche, al estar el señor William Giraldo Marín en el ejercicio de sus funciones como conductor de un taxi afiliado a la Empresa Tax Páramo, transportando como pasajeros a los señores Humberto Uribe Barrero y Libardo Restrepo Campuzano, al llegar a la intersección de la calle 21 con carrera 26 de esta ciudad, donde dichos señores parece adelantaron hechos ilícitos, se hizo necesaria la intervención de una patrulla del ejército integrada por suboficiales y comandada por un oficial, que se desplazó hasta el lugar mencionado, por cuanto tenían noticias sobre la presencia de personas sospechosas. Una vez allí, al observar que uno de los sujetos que con anterioridad venía ocupando el mentado taxi, diferente al conductor, llevaba al hombro un maletín o talega del que sobresalía la trompetilla de un fusil, el que había recibido del interior del Batallón Cisneros, pretendiendo abordar el taxi que lo esperaba en la dirección antes señalada, ocupado por el otro pasajero y el conductor, le gritaron alto por varias oportunidades sin que hiciera caso, por lo cual, al subir al vehículo y pretender éste arrancar, se escucharon en repetidas oportunidades y desde varios ángulos, las detonaciones producidas por armas de dotación oficial que hicieron blanco en los tres hombres ocupantes del taxi, hechos estos en los que perdió la vida William Giraldo Marín.

“Lo anterior se acreditó en el proceso con las declaraciones rendidas por los señores Arnulfo Gerardo Ruano Viscaya, José Fernel Mesa

López, Jhon Jairo de Jesús Pérez Uribe y Oscar Eduardo Cabrera Artunduaga, con los grados de cabo segundo el primero de los nombrados, cabos primeros los dos siguientes y subteniente el último, todos del ejército (fls. 23 a 34 Cuad. 3o.), en las que ratificaron las rendidas en el proceso penal, quienes manifestaron que por orden del Coronel Palacios se reunieron los suboficiales con el oficial que fueron escogidos, para que hicieran vigilancia de 2 horas, a los alrededores del batallón pues se tenía información que se iban a sustraer material de guerra. Por ello, el teniente Cabrera formó parejas por las calles y las carreras que dan alrededor del Batallón Cisneros. Les entregaron de a radio a cada uno para comunicarse por si veían anomalías. Fue cuando entonces el 6 de agosto de 1987, siendo las 8 y 45 de la noche, se desplazaba un carro, taxi largo de color azul, que llevaba dando varias vueltas en la calle 21 y en la tercera vuelta se bajó un tipo cerca a 'La Bota', una fuente de soda que hay por ahí, dio la vuelta el carro y se bajó otro tipo por 'El Triángulo', un edificio que así llama —sic— y el tipo siguió a Pie hacia una garita del Batallón donde quedan las casas fiscales y entonces recibió un paquete al que le sobresalía una trompetilla como de un fusil y cogió por la carrera 26 hacia la calle 21 rápido, donde se encontraba el taxi con el otro pasajero haciéndole señas que se apurara teniendo las dos puertas del lado derecho del carro abiertas y con el motor prendido. El tipo que llevaba el paquete miraba para todos lados entonces fue cuaneo el teniente Cabrera y los demás suboficiales le gritaron alto, pero no atendió y el que estaba dentro del carro en la parte de atrás le recibió el paquete y se subió y fue entonces cuando se escucharon los disparos y ahí terminó el procedimiento. Dicen estos declarantes que todos tenían armas de dotación oficial, revólveres, pistolas y metralleta y todos dispararon en ese momento. No fueron agredidos por los ocupantes del vehículo. Esos testimonios se encuentran confirmados con el informe rendido por el Subteniente Oscar Eduardo Cabrera A. al Comandante del Batallón Cisneros en Agosto 6 de 1987 (fl. 1 cuad. 5o.).

“La calidad de militares de los integrantes de la patrulla que llevó a cabo la operación antes comentada, se acreditó con el oficio No. 143 BR8-APG 789 de junio 20 de 1988, procedente del Comandante de la Octava Brigada y dirigido a ese Tribunal (fl. 35 cuad. 3o.); con copia auténtica de las órdenes administrativas del personal que aparecen a folios 130 a 137 del cuad. 5o.; de las actas de posesión en los respectivos cargos (fls. 138 a 141 ibídem); del Decreto No. 3451 de noviembre 26 de 1985, proferido por el Presidente de la República; de la Orden Administrativa de Personal No. 1982 de noviembre 25 de 1985, emanada del Comando del Ejército Nacional y del acta de posesión No. 31 de diciembre 2 de 1985, relacionada con el Subteniente Oscar Eduardo Cabrera Artunduaga (fls. 143 a 149 cuad. 5o.).

“Con la copia auténtica de la Orden de Operaciones No. 070-BIGIS S3-379 de agosto 6 de 1987, emanada del Comandante del Batallón de Ingenieros No. 8 Cisneros, se acreditó que los militares a quienes se les imputa la comisión del homicidio de los tres ocupantes del taxi, en el momento en que ocurrieron los hechos, se encontraban cumpliendo una misión oficial, propia de sus funciones (fl. 32 cuad. 5o.), lo que está acorde con el informe rendido por el Subteniente Oscar Eduardo Cabrera (fl. 1o. cuad. 5o.).

“Con la inspección judicial practicada el 13 de agosto de 1987 por el Juez 33 de Instrucción Penal Militar, dentro del proceso penal adelantado contra los integrantes de la escuadra del ejército que cumplió la misión antes comentada, al automóvil, taxi, en donde se transportaban las personas que resultaron muertas el 6 de agosto de 1987 en la carrera 26 con calle 21 de esta ciudad, se comprobó que la gran cantidad de disparos hechos por los militares mencionados, lo fueron hacia la parte superior del automotor y no a las partes bajas, como serían las llantas o rines del vehículo, no habría sido la conducta correcta de dichos militares, buscar detener el automotor sin causarle daño a sus ocupantes, con el fin de detenerlos y poder investigarlos. Pero no, dispararon fue contra los ocupantes del carro y en forma por demás abundante, como se deduce de las diligencias de necropsia practicadas a cada uno de los occisos por el médico legista de la ciudad (fls. 29, 112 a 117 cuad. 5o.). Lo anterior, fue confirmado por el subteniente Oscar Eduardo Cabrera Artunduaga en su declaración indagatoria rendida en el proceso penal que fue ratificada en la declaración que rindió en este proceso (fls. 35 a 37 cuad. 5o. y 30 y 31 cuad. 3o.).

“De lo explicado se deduce que los citados militares, como autoridades que eran en el momento en que cumplieron el operativo que se comenta, estaban obligados a proteger a las personas residentes en Colombia, en sus vidas, honra y bienes, cosa que no cumplieron en relación con los ocupantes del taxi, pues les quitaron la vida haciendo uso de las armas de dotación oficial en el cumplimiento de sus funciones oficiales, habiendo podido apresarlos sin causarles daño, inmovilizando el automóvil, disparando contra las llantas del mismo, operación que se les facilitaba por la proximidad en que se encontraban respecto al automotor, a la buena visibilidad del lugar, hecho este que lo afirman dichos militares en sus declaraciones, y lo estableció este despacho en la inspección judicial que llevó a cabo al lugar de los hechos para reconstruirlos y porque dichos militares en ese momento se encontraban rodeando el vehículo en forma tal, que lo podían controlar, todo lo cual, nos indica que la forma en que ocurrieron los hechos conlleva una falla del servicio público del Estado, reuniéndose así el primer elemento.

“2.— El daño o perjuicio que afirman haber sufrido los demandantes, se estableció al haberse demostrado la muerte violenta de William Gi-

raldo Marín a manos de miembros del ejército nacional, con el informe rendido por el Subteniente Oscar Eduardo Cabrera Artunduaga al Comandante del Batallón Cisneros en agosto 6 de 1987 (fl. 1 cuad. 5o.); con el acta de levantamiento de su cadáver practicada por el Juzgado 8o. de Instrucción Criminal en agosto 7 de 1987 (fl. 10 cuad. 5o.); con la necropsia llevada a cabo por el médico legista de la ciudad al cadáver de dicho señor, con base en la cual en el oficio No. 207, entre otras cosas, dijo: 'II. Examen INTERNO. A. CAVIDAD CRANEANA. 3. MENINGES. Herida por proyectil de arma de fuego el cual penetró en región frontal superior y produjo gran destrucción con pérdida de la arquitectura cerebral, hematoma intra y extracerebrales, destrucción de meninges, cerebro y cerebelo, herida de características necesariamente mortal.' (fls. 115 y 116 cuad. 5o.) y con el registro civil de defunción que se acompañó con la demanda (fl. 3 cuad. 1o.).

"Acreditada la muerte de William Giraldo Marín en los acontecimientos a que hemos hecho referencia en párrafos anteriores y acreditado como está el parentesco de los demandantes con el occiso, está demostrado el daño de tipo moral sufrido por los reclamantes al faltar un ser querido de su grupo familiar, por lo cual, se acreditó el segundo elemento.

"3.— La relación de causalidad entre los dos elementos anteriores se demostró con las declaraciones de los señores María de Jesús Rincón de Garzón, Henry Otálora Flórez y Ana Rosa Duque Rincón, personas muy allegadas a la familia de William Giraldo Marín, por haber sido vecinos de ellos durante muchos años y conocerlos íntimamente, por lo cual, dan fe del sufrimiento causado tanto a los padres como a los hermanos del occiso con la muerte de William (fls. 17 a 22 cuadr. 3o.); con el acta de levantamiento del cadáver y con la necropsia (fls. 10, 115 y 116 cuad. 5o.).

"Reunidos como se encuentran los tres elementos necesarios para establecer la responsabilidad del Estado, sólo nos resta entrar a analizar lo relativo a la causación de los perjuicios reclamados.

"PERJUICIOS MORALES. Los padres reclaman por este concepto una indemnización equivalente al valor de 1.000 gramos oro para cada uno, conforme a la cotización que el Banco de la República le tenga señalada a dicho metal para la fecha de la ejecutoria de esta sentencia, petición que está llamada a prosperar, teniendo en cuenta el estrecho vínculo sentimental existente entre los padres y los hijos, lo que implica que los perjuicios morales causados a dichos parientes por la muerte de un hijo sean de tal magnitud que hacen que el reconocimiento de la indemnización de estos perjuicios sea el máximo autorizado por el art. 106 del C.P.

“Los hermanos reclaman por este concepto el equivalente en moneda colombiana a 500 gramos oro para cada uno, conforme a la cotización que el Banco de la República le tenga señalada a dicho metal a la ejecutoria de esta sentencia, teniendo en cuenta que todos ellos conforman un núcleo —sic— familiar unido con sus padres, del cual formaba parte William al morir, pues aunque era casado, hacía como ocho años se había separado de la señora y se había ido a vivir con sus padres y hermanos en esta ciudad, con los que mantenía muy buenas relaciones, ayudándose mutuamente tanto moral como materialmente, como lo confirman los testigos María de Jesús Rincón de Garzón, Henry Otálora Flórez y Ana Rosa Duque Rincón (fls. 17 a 22 cuad. 3o.).

“Teniendo en cuenta la unidad familiar de ese núcleo —sic— familiar, el Tribunal accede a reconocerle a cada uno de los hermanos la cantidad de 250 gramos oro, conforme a la cotización oficial de ese metal, teniendo en cuenta que se trata de personas de edad madura.

“PERJUICIOS MATERIALES.— El señor José Alvaro Giraldo Castillo, padre de William Giraldo, reclamó de la Nación el pago de los daños y perjuicios materiales en la modalidad de ‘lucro cesante’, en la cantidad que resultare probada en el proceso, con fundamento en que como taxista que era William en la empresa Tax Páramo, devengaba unos ingresos aproximados a los \$80.000.00 mensual, de los que entregaba a su señor padre la suma de \$40.000.00 mensuales como retribución porque en la casa de este era donde dormía, comía y obtenía el arreglo de su ropa, pues, aunque era casado, sin embargo, hacía varios años se había separado de la señora y se había ido a vivir con sus padres y hermanos en esta ciudad, afirmaciones que quiso acreditar con las declaraciones de María de Jesús Rincón de Garzón, Henry Otálora Flórez y Ana Rosa Duque Rincón.

“Aún aceptando como cierto que el mencionado Giraldo Castillo recibiera de su hijo William las sumas mensuales anotadas, ello no da lugar a que se le reconozcan como constitutivas de lucro cesante, pues, como él mismo lo afirma, las recibía como retribución por servicios prestados, no como aporte de su hijo a título gratuito, a guisa de cuota alimentaria.

“Pero, además, la parte demandada aportó al proceso las declaraciones de renta y patrimonio de José Alvaro Giraldo Castillo, correspondientes a los años gravables de 1985 y 1986 (fls. 5 a 10 cuad. 4o.), de las que puede deducirse que en ninguna de ellas el declarante manifestó haber recibido de William Giraldo Marín suma alguna como retribución por los servicios que recibía en su casa, a pesar de estar obligado tributariamente a hacerlo, por ser renta ordinaria, pues dicha suma de dinero,

según los testigos que declararon en su favor, hacía varios años venía siendo pagada por William a su padre, por razón de los servicios de dormida, comida y arreglo de ropa que William recibía.

“Vale anotar que la renta que Giraldo Castillo recibió por distintos conceptos en los dos citados años, fue suficiente para atender a su subsistencia y la de su familia, lo que excluye la posibilidad de que William Giraldo estuviera suministrando alimentos a sus progenitores, pues su situación económica no lo exigía (art. 411 C.C.).

“Sobre este tópico la Corte S. de Justicia ha dicho:

“La tasación de perjuicios en las acciones indemnizatorias. ‘La Ley 58 de 1982, cuyo artículo 10 es el demandado, contiene disposiciones de diverso orden, inclusive facultades extraordinarias al Presidente de la República para reformar el Código Contencioso Administrativo. La norma que es objeto de la presente demanda constituye una medida más de aquellas que el legislador suele tomar en salvaguardia de los intereses del Estado, ‘pues el interés social representado por el Estado no puede quedar desprotegido ni el Estado puede despojarse totalmente de su condición política, para tratar en un plan de entera igualdad a los particulares’, como lo afirmó la Corte en oportunidad reciente (Sentencia de fecha 28 de septiembre de 1983. radicación No. 1085. Magistrado ponente Dr. Luis Carlos Sáchica).

“En efecto: lo que el impugnado artículo 10 determina es que la fijación del valor de los perjuicios que el Estado deba indemnizar como resultado de acciones contra él, habrá de hacerse teniendo en cuenta la concordancia que exista entre los daños que se aleguen y la declaración de renta de las personas vinculadas a la controversia. Es una buena manera de evitar abusos que suelen ocurrir de parte de quienes consideran que en tratándose de hacer efectiva a su favor cualquiera responsabilidad del Estado se presenta una oportunidad para obtener de éste indemnizaciones por valores desproporcionados, con abuso del derecho que a veces no se descubre ni se impide con la diligencia debida.

“Tanto los actores como el Ministerio Público han creído ver en la forma que se analiza un mecanismo legal único y exclusivo para la tasación de perjuicios en las acciones indemnizatorias contra el Estado, por manera que éstos deben ceñirse a las referencias de la declaración de renta de quienes se hallen vinculados a la controversia. Sin embargo, lo que la referida disposición exige es que la confrontación a la que en ella se alude, haya de realizarse y se tenga como un factor en la determinación del monto de la indemnización, sí que también como un criterio de la autoridad que deba establecerlo, pero sin que la norma excluya, en manera alguna, ni expresa ni tácitamente, los otros ele-

mentos de juicio para llegar a tal determinación indemnizatoria, entre ellos los tradicionales del daño emergente y el lucro cesante, en sus distintos aspectos y modalidades. Así vista la norma *sub-judice*, no se encuentra que sea lesivo de los artículos de la Carta que los demandantes indican, ni de ningún otro precepto constitucional'. (Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, sentencia de diciembre 10./83). (Tomada del Código Contencioso Administrativo de 'LEGIS', página, número de codificación interna 0898).

"Lo manifestado por los particulares en sus declaraciones de renta y patrimonio tiene el carácter de confesión, por lo cual el Tribunal considera que no puede prosperar la petición por perjuicios materiales formulada por José Alvaro Giraldo Castillo.

"La culpa de la víctima que la parte demandada alega existió en la ocurrencia de los hechos, estima el Tribunal no es procedente aceptarla, pues aunque se diga que la conducta del taxista y sus pasajeros era sospechosa, sin embargo, esto no es disculpa para que los miembros del ejército hubieran disparado contra los ocupantes del automotor y no contra éste que era lo correcto para inmovilizarlo, más teniendo en cuenta que en momento alguno dichas personas agredieron a los militares.

"Por todo lo explicado, sólo prosperarán las peticiones relacionadas con los perjuicios morales y no respecto a los materiales. No habrá condena en costas, por ser la entidad demandada oficial". (fls. 82 a 88 C. 1).

4. El recurso de apelación. Inicialmente las dos partes apelaron el fallo del Tribunal; con posterioridad, el apoderado de los demandantes desistió del recurso (fls. 98 del C. 1); la mandataria judicial de la Nación sustentó el suyo alegando culpa de la víctima y solicitó:

"Denegar las súplicas de la demanda con base en la culpa exclusiva de la víctima como factor impediendo de la formación del vínculo de causalidad entre el daño y el hecho.

"En subsidio: Declarar la responsabilidad compartida entre la víctima y el Estado, puesto que sin la actitud sospechosa, amenazante y desobediente de ésta. No se habría presentado el hecho en las proporciones alegadas.

"Mantener denegación de las demás súplicas de la demanda". (fl. 104 C. 1).

5. Alegatos en la segunda instancia. En oportunidad procesal alegó por escrito la apoderada judicial de la Nación y expuso que no hubo falla en el

servicio porque "... la patrulla militar cumplía uno de los deberes fundamentales para los cuales se ha concebido la Institución de las Fuerzas Armadas: La defensa de la soberanía y del orden constitucional, la cual se veía amenazada por el proceder de la víctima y sus acompañantes, al intentar sustraer armamento militar con destino a los grupos subversivos.

"Su proceder no fue excesivo puesto que impartió las voces de alto correspondientes y, ante el intento de huida del vehículo y los ademanes del sustractor del armamento de llevarse la mano al cinto, disparó temiendo que el ataque viniera en primer lugar de los delincuentes" (fls. 114 a 115); y agregó que, de considerar la existencia de una falla en el servicio, el daño se produjo por culpa de la víctima, pues, "... la causa eficiente del daño invocado por los actores la constituyó la conducta delictiva desarrollada por el occiso WILLIAM GIRALDO MARIN, y por sus acompañantes, al intentar sustraer un armamento del Batallón Cisneros, adscrito a la Octava Brigada, con sede en Armenia (Quindío), conducta ésta acompañada, para mayor agravación de la misma, por el desobedecimiento de las señales de alto que se le impartían por parte de la patrulla militar encargada de defender la Guarnición Militar, así como de numerosos gestos de agresión que hacían presumir una respuesta armada, además del intento de huida.

"La culpa de la víctima WILLIAM GIRALDO MARIN se ve entonces ostensiblemente probada. Su hecho, delictivo a todas luces, mal podría generar una responsabilidad estatal, puesto que tales actividades no constituyen título legítimo alguno de cualesquiera obligación civil, y mucho menos, administrativa" (fl. 114).

6. El concepto fiscal. La Doctora EDNE COHEN DAZA, Fiscal Segundo de la Corporación solicita confirmar la sentencia apelada porque:

"Analizados los diferentes testimonios, todos ellos de miembros del ejército, que participaron en el operativo y recepcionados durante el trámite del proceso, se logra hacer la composición de la forma como ocurrieron los hechos, deduciendo las diferentes circunstancias que los rodearon. No se puede desconocer, como lo destaca la representante legal del ente demandado, que los sujetos que protagonizaron los hechos eran sospechosos de una conducta ilícita, pero lo anterior no justifica el proceder de los miembros del ejército. Existió un desproporcionado uso de las armas y prueba de ello fue el resultado final del operativo que dejó un saldo de tres civiles muertos y los graves daños inferidos al vehículo.

"El daño causado y por el cual se reclama quedó plenamente demostrado al haberse probado la muerte de WILLIAM GIRALDO, con el informe suscrito por el subteniente del ejército Oscar Eduardo Cabrera y con el acta de levantamiento del cadáver practicada por el juzgado 8o. de Instrucción Criminal.

Los demandantes acreditaron el parentesco existente con la víctima, así mismo quedó demostrada la afección de tipo moral que la muerte del hijo y hermano les produjo.

“Debe pues concluirse, que con el presente caso, quedó plenamente demostrado que la conducta de los miembros del ejército constituyó una falla del servicio, la cual produjo un daño cierto y determinado por lo cual debe responder el ente demandado”. (fl. 120 C. 1).

LA SALA CONSIDERA

1. La sentencia recurrida merece confirmarse; el *a-quo* analizó correctamente las pruebas recaudas y dedujo, con lógica irrefutable, la existencia de la responsabilidad estatal fundada en la falla del servicio.

En efecto, no hay duda de que, establecidas las circunstancias, particulares del caso, la operación militar fue notoriamente excesiva, y atentatoria contra la prohibición constitucional (vigente con la anterior y con la nueva constitución), de la pena de muerte. Las conductas delictivas que pueden y deben generar la reacción del Estado encargado de reprimirlas, no lo autorizan, sin embargo, a suprimir la vida de los agentes o cómplices, o colaboradores en las mismas, salvo que la excepcional gravedad de los acontecimientos no permita ninguna otra salida eficaz para enfrentar el ilícito. De allí que el uso de las armas, por las fuerzas oficiales a quienes se ha confiado, debe revestir características de especial prudencia y diligencia; de lo contrario el derecho a la vida queda al vaivén de fáciles interpretaciones de quienes son depositarios de la fuerza y el Estado de Derecho desaparece en el sofisma que pretende autorizar al Estado a reprimir con la muerte a quienes hayan transgredido las normas del ordenamiento vigente.

En el caso bajo examen, todo indica que los miembros del ejército pudieron inmovilizar el taxi en que viajaban los autores del ilícito, capturarlos y someterlos a las penas que prevén las leyes, previo el juicio respectivo; sin embargo, la cantidad de disparos que muestran las víctimas y el vehículo, así como el sitio hacia donde se dirigieron demuestran, por lo menos, imprudencia, pues el sentido común enseña que las llantas de un automotor son el lugar más efectivo para detenerlo sin atentar contra la vida de sus ocupantes; máxime cuando el carro acababa de iniciar la marcha, eran varias las personas, bien entrenadas como lo exige la disciplina militar, que habían sido encargados de llevar adelante la operación, y la conducta previa de los muertos fue lo suficientemente sospechosa como para haber prevenido los hechos, según lo narra el Cabo Segundo ARNULFO GERARDO RUANO VISCAYA (fls. 23 C. 2).

2. El parentesco de los demandantes aparece suficientemente demostrado con las copias de las actas de registro que obran en los folios 135 a 143

del cuaderno 1; con este fundamento ha de presumirse el perjuicio moral sufrido por los padres en la cuantía que, atinadamente, estimó el Tribunal.

Los hermanos probaron que compartían su residencia con el difunto y que las relaciones entre ellos eran magníficas, circunstancias que determinaron, frente a la desaparición violenta de WILLIAN GIRALDO un dolor indemnizable; el actor estuvo conforme con la cuantía señalada en el fallo de primera instancia y con la negación de los perjuicios materiales al padre de la víctima, cuando desistió del recurso de apelación.

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:

CONFIRMASE la sentencia proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo del Quindío el 21 de septiembre de 1988.

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 (10) de octubre de mil novecientos noventa y uno (1991).

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

TRASLADO PARA ALEGAR/MINISTERIO PUBLICO

Cuando se dio el traslado común para alegar, no existía la obligación de dar traslado independiente al Ministerio Público. Por lo tanto, se entendió ese traslado de diez días dentro del mismo otorgado en forma común para las partes y no se configuró la causal de nulidad alegada.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Santafé de Bogotá, D.C., octubre dieciséis (16) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Doctor Carlos Betancur Jaramillo.*

Referencia: Expediente No. 6069. Consulta. Actor: Remedios Maut Pinedo Mejía y Otros.

Procede la sala a decidir el grado de consulta propuesto contra la sentencia de 4 de mayo de 1989 dictada por el tribunal administrativo de la Guajira, mediante la cual se dispuso:

“1.— Declárese Administrativamente responsable a la Nación —(Policía Nacional)— de la muerte del señor Ubaldo Rubén Martínez Barros ocasionada el día 10 de julio de mil novecientos ochenta y cinco (1985) en la ciudad de Riohacha (Guajira)”.

“2.— Como consecuencia de lo anterior condenáse a la Nación — Policía Nacional a pagar por concepto de Indemnización de perjuicios morales subjetivos el equivalente a mil (1.000) gramos de oro a favor de cada una de las siguientes personas: Julia Petrona Pinto Mena C.C. No. 40.913.939 de Riohacha, sus hijos menores Yeribeth Josefina Martínez

Pinto y Richard Nicolás Martínez Pinto, así mismo a los siguientes hijos de la víctima: Older Rafael, Carlos Emilio, Emilse María, Fernando Manuel, Jorge Isaac y Ubaldo Rubén Martínez Pinedo. La liquidación del gramo oro se hará al precio que certifique el Banco de la República para la fecha de esta sentencia”.

“3.— Condénase *in genere* a la Nación (Policía Nacional) a pagar a cada una de las siguientes personas los perjuicios materiales: Julia Petrona Pinto Mena, sus menores hijos Yeribeth Josefina Martínez Pinto, Richard Nicolás Martínez Pinto. La regulación se hará de conformidad con lo dispuesto en los artículos 172 del C.C.A. y 308 del C. de Procedimiento Civil para lo cual se seguirán las pautas señaladas. Así como también a Older Rafael Martínez Pinedo”.

“4.— La suma de dinero, que resulte de la liquidación de los perjuicios materiales causará intereses comerciales corrientes dentro de los seis meses siguientes a la ejecutoria de la providencia que decida el incidente y de ahí en adelante intereses moratorios. Igualmente a la condena concreta de los perjuicios morales le serán reconocidos y pagados los intereses señalados que se contarán desde la fecha de esta sentencia”.

Los hechos narrados en la demanda pueden sintetizarse así:

Que “el 8 de julio de 1985, en la ciudad de Riohacha, cuando una patrulla del F-2 comandada por el CS. Collazos Rivera Héctor Favio, y los Agentes Duitama Caro Arcadio, Abello Sanguino Jesús, Delgado Metra Julio Zenón, después de practicar el levantamiento de un cadáver, se desplazaron hasta las instalaciones del Cuartel de Policía, con el fin de trasladar al individuo Luis Rafael Pana Bravo a la unidad Judicial, fueron interceptados a la altura de la calle 14 Carrera 12 de esa ciudad por varios individuos armados que dispararon contra el vehículo de la policía, procediendo éstos de inmediato a repeler el ataque que eran objeto, resultando muerto el particular Ubaldo Martínez Barros y retenidos los sujetos Willian Enrique Salamanca y Vicente Castilla Salamanca”.

El tribunal, luego del trámite de rigor, resolvió la instancia en la forma transcrita atrás. De ese fallo se destaca el siguiente aparte:

“Pero en fin si bien es cierto que el fallo del Tribunal Militar que en consulta que acogió el fallo absolutorio sin tener en cuenta que el auditor consultado acerca de la vocación para un juicio después de enumerar las pruebas, concluyó que para ocasionar la muerte a Ubaldo Martínez sobrevino de una imprudencia o descuido del procesado al repeler el ataque en forma ineficaz y desordenada ocasionándole la muerte a aquel que nada tenía que ver con el enfrentamiento entre la patrulla y el gru-

po de civiles que no se pretendió en ningún momento acabar con la vida de aquel y que hubo la omisión del deber de cuidado”.

“Con todo lo anterior se absolvió al Sub-Oficial, ésta circunstancia no es obstáculo para considerar por el Tribunal que el hecho generador del perjuicio sí constituyó una falla del servicio de policía”.

“Reiteradamente la Jurisprudencia del Consejo de Estado la responsabilidad del Estado es objetiva, anónima; basta que se acredite que el perjuicio se produjo como consecuencia de la prestación de un servicio a cargo del Estado”.

“Quedó absolutamente demostrado que cuando el señor Ubaldo Rubén Martínez Barros recibió el disparo que le ocasionó la muerte instantáneamente no había ningún cruce de disparos tal como se consideró en el transcurso de la investigación llevada a cabo por la justicia penal militar, debido a que este cruce lo hubo pero después de haberle disparado al señor Sub-oficial a Martínez Barros”.

“Inexplicablemente para la Justicia Penal Militar hubo parcialidad por parte de los testigos civiles quienes declararon tal y como sucedieron los hechos pero no existió parcialidad por parte de los testigos militares quienes declararon siempre favoreciendo al Sub-oficial, vale decir, que aquellas personas que presenciaron los hechos y declararon tal y como sucedieron aún no tengan vínculos de familiaridad o parentesco, por haber tratado de “sujeto” al sub-oficial se consideran testigos parcializados o inclinados a favorecer la inocencia de un uniformado que disparó y posteriormente pisoteó a quien ya se encontraba sin vida, esta conducta posterior del uniformado, tiende más hacia la intención pre-concebida, puesto que si lo hubiera hecho sin intención vale decir, culposamente por lo menos no tenía motivos para reaccionar pisoteando a quien había matado imprudentemente, creemos que por lo menos hubiera intentado llevar al herido a un centro Hospitalario de allí que nos inclinamos a pensar que no hubo culpa — ni mucho menos el caso fortuito que se alegó, simplemente existió la adecuación típica de comportamiento, vale decir se adecuaron la tipicidad, la antijuridicidad la punibilidad y la culpabilidad para concluir que existió el hecho punible de homicidio cometido por un sub-oficial con ocasión del servicio como miembro de la policía de la guajira lo que conlleva necesariamente a que hubo un daño, el cual fue sufrido por los hijos de la víctima y sus compañeras”.

“La relación de causalidad la cual se deduce de la conducta asumida por el Uniformado quien no tenía motivos para disparar contra una persona que no tenía absolutamente nada que ver con el operativo que se llevaba a cabo por la policía”.

“No existió justificación alguna ni eximente de responsabilidad, se utilizaron las armas no precisamente para el uso que se le debe dar cual es para salvaguardar la vida, honra y bienes de los ciudadanos”.

Sobre perjuicios el *a-quo* condenó por perjuicios morales, con exclusión de la señora Remedios Maut Pinedo Mejía, quien falleció con posterioridad a la presentación de la demanda; y en cuanto a perjuicios materiales la condena se hizo exclusivamente a favor de la señora Julia Petrona Mena y sus hijos menores.

Luego de algunas demoras y de iniciado el incidente de liquidación el *a-quo* anuló todo lo actuado con posterioridad a su fallo de instancia y ordenó el grado de consulta.

Ahora bien. Cumplido su trámite es oportuno decidir. Para ello, se

CONSIDERA:

Para la señora Fiscal octava de la corporación, el proceso deberá anularse a partir del auto de 22 de marzo de 1988, que ordenó el traslado a las partes para alegar, por cuanto no se le dio oportunidad al fiscal del tribunal para que recorriera su propio traslado.

También durante la instancia y mediante auto para mejor proveer, se clarificaron las dudas existentes en cuanto a los registros notariales de los demandantes (a folios 40 y ss del c No. 3), ya que el señor Ubaldo Martínez figura en dichas actas suscribiéndolas:

La Nación presentó su alegato (a folios 28 y ss del C. No. 3) y cuestionó el fallo del tribunal por los siguientes aspectos: a) Porque condenó al pago de perjuicios materiales y morales en favor de Julia Petrona Pinto Mena, quien no demandó, ya que sólo lo hizo a nombre de sus hijos; b) Porque a pesar de que no se acreditó en el proceso la calidad de hijos extramatrimoniales del fallecido, se hizo condena en favor de éstos.

Para la sala, en primer término, deberá analizarse la causal de nulidad alegada por el ministerio público (ord. 6o. del artículo 152 del C. de P.C.).

Observa la señora fiscal en su escrito de 29 de abril de 1991 que el proceso está afectado de nulidad porque no se le corrió traslado al agente del ministerio durante la primera instancia para su alegato, tal como lo ordena el artículo 210 del C.C.A. (subrogado por el decreto 2304 de 1989).

Para la sala no le asiste la razón a la fiscalía, como pasa a explicarse el artículo 210 del C.C.A., vigente cuando ocurrió la informalidad alegada por el ministerio público, rezaba:

SECCION TERCERA

“Traslados para alegar. Practicadas las pruebas o cerrado el debate probatorio, se ordenará dar un traslado común por diez (10) días a las partes para que formulen sus alegatos por escrito”.

“Si no hubiere término probatorio, el traslado para alegar deberá concederse dentro de los tres (3) días siguientes a la desfijación de la lista o a la ejecutoria del auto que ponga fin al último incidente suscitado”.

“Los traslados a las partes se surten en la secretaría y evacuados que sean o vencido el término para alegar el proceso entrará al despacho para sentencia”.

La norma transcrita armonizaba en ese entonces con el 127 del mismo estatuto que le permitía a los agentes del ministerio público decidir “en cuales actuaciones (y procesos) se requiere su intervención”. Se recuerda que el extremo “y procesos” fue declarado inexecutable por la Corte Suprema en sentencia de 18 de julio de 1984.

Con apoyo en las normas citadas se consideró que el traslado al ministerio público para alegar no era separado y luego del otorgado a las partes, sino común con éstas. Aunque por construcción meramente jurisprudencial tanto los tribunales como el Consejo de Estado resolvieron luego separar los dos traslados para darle una mayor injerencia al ministerio público dentro del proceso y facilitar su actuación, cabe reconocer que esto no se ajustaba exactamente a la normatividad vigente a la sazón, tal como se infiere del artículo 210 mencionado.

Tan cierto era este alcance restrictivo para el ministerio público, que el decreto 2304 de 1989, en su artículo 49, revivió expresamente el traslado separado y personal para el ministerio público que contemplaba la ley 167 de 1941 y que había suprimido el decreto 01 de 1984, como se desprende de la transcripción hecha.

En suma, cuando se dio el traslado común para alegar en marzo 22 de 1988, no existía la obligación de dar traslado independiente al ministerio público. Por lo tanto, se entendió este traslado de 10 días dentro del mismo otorgado en forma común para las partes y no se configuró la causal alegada.

Aclarado lo anterior, pasa a estudiarse el fondo de la sentencia consultada.

Sobre la falla del servicio no existe reparo que hacerle al análisis del *a-quo*. El señor Ubaldo Martínez B. murió a causa del disparo que el suboficial Collazos Rivera le hizo cuando aquél estaba con los brazos en alto y en estado de indefensión. A esta conclusión llegó el tribunal luego del análisis de las distintas pruebas, en especial de los testimonios de los señores

Tomás Rafael Valdeblánquez Mena (folios 95 y ss) y Eberto Rafael Redondo M. (a folios 99 y ss). Testigos éstos que son contestes en afirmar cómo se desarrollaron los hechos trágicos y cuál fue la participación que tuvo el cabo del F 2. Héctor Fabio Collazos Rivera. Declaraciones que coinciden con lo que muestra la investigación penal.

No cambia el enfoque el hecho de haberse absuelto penalmente al indicado sub-oficial; porque como lo ha dicho reiteradamente esta sala, en este campo no cabe hablar de prejudicialidad, si por otros medios se puso en evidencia la falla del servicio como sucedió aquí.

A este respecto, la sala reitera lo dicho en su fallo de junio 28 de 1991. (Proceso 6249 Ricardo A. Serna, ponente Carlos Betancur Jaramillo) en el cual se analizó un asunto similar. Allí se lee:

“Las ideas precedentes se mantienen en la actualidad y no fueron contradichas por la sala en su sentencia de 22 de junio de 1989 (Proceso 5994, María Odilia Muñoz) que le sirvió de apoyo al *a-quo*. Quizás el equívoco surgió por la generalidad, un tanto inapropiada, que en este último fallo se le dio a la doctrina. Pero leído en forma detenida y hecha la concordancia con la sentencia citada de mayo 22 de 1987 (Dioselina Arce C.), hay que concluir que ella no tiene ese alcance y que la jurisprudencia se elaboró como se dijo, precisamente para aquellos casos en que al proceso administrativo únicamente se lleven como pruebas las copias de las sentencias penales y éstas no permitan acreditar otra realidad. Aquí se repite que el juez administrativo, si tiene otras pruebas u otros elementos de juicio distintos a los que le suministre la sentencia penal podrá, sin desconocer la cosa juzgada, llegar en materia de responsabilidad administrativa a una solución en aparente contradicción con aquélla. Se dice en “aparente” contradicción porque en el fondo se refieren a aspectos o realidades diferentes. Así, podrá el juez administrativo declarar que hubo falla del servicio a pesar de la absolución penal del agente o absolver a la entidad pública pese a la condena de aquél. Y lo anterior no puede entenderse sino teniendo clara la idea inicial expuesta en el numeral 1 de este fallo; que el hecho del agente puede dar lugar a la aplicación de dos normatividades diferentes: la penal para el delito y la administrativa para la responsabilidad del ente al que pertenece el agente que lo cometió”.

Fuera de lo dicho, el presente asunto también pudo resolverse no con base en la falla probada, sino con fundamento en la tesis de la falla presunta. Tesis que tiene su reiteración jurisprudencial también desde los fallos de esta misma sala dictados los días 31 de julio de 1989 (Proceso 2852, Jorge A. Herrera) y mayo 25 de 1990 (Proceso 5821 Marco A. López).

Lo anterior permite concluir que la sentencia deberá confirmarse, por cuanto se dio la falla del servicio, el perjuicio y la relación causal; y porque la

SECCION TERCERA

administración no demostró la diligencia y cuidado en el manejo del arma oficial, la culpa exclusiva de la víctima, el hecho de tercero o la fuerza mayor.

No obstante esto, la sentencia consultada merece algunas precisiones. Así, se anota:

El tribunal decidió extra-petita a favor de Julia Petrona Pinto Mena. Esta señora no figura demandando a la Nación, no dio poder para ello y el auto admisorio de la demanda sólo habla de que actúa en representación de sus hijos menores (Yeribeth Josefina y Richard Nicolás Martínez Pinto).

La demanda en este extremo no deja margen a dudas. Las pretensiones que se leen al folio 4 no permiten otra conclusión: la indemnización se pidió sólo para los hijos del occiso. En el numeral 1 se solicita que se declare responsable a la Nación "de la totalidad de los perjuicios que han venido padeciendo y habrán de sufrir en el futuro mis patrocinados, con ocasión de la muerte de su padre el señor Ubaldo Martínez". Y en el numeral 4 se repite: "4. Que se condene a la Nación a pagar los daños morales causados a los hijos: Older Rafael ..." (A folio 5).

En este sentido, la sentencia por concepto de perjuicios morales deberá confirmarse con exclusión de la señora Julia Petrona Pinto Mena, quien no demandó.

La condena por perjuicios materiales en abstracto deberá liquidarse con sujeción a las pautas dadas por el *a-quo* y no podrá cobijar sino a los hijos menores del occiso Older Rafael Martínez Pinedo, Yeribeth Josefina y Richard Nicolás Martínez Pinto, estos dos últimos representados por su madre, señora Julia Petrona Pinto M. El reconocimiento de estos perjuicios solo se hará hasta que cumplan la mayor edad. El incidente de liquidación se efectuará por el trámite del artículo 137 del C. de P.C., el que deberá presentarse dentro del término de sesenta días contados desde la notificación del auto del *a-quo* que ordene cumplir lo aquí dispuesto.

Finalmente se le aclara al tribunal que lo dicho en torno a la señora Julia Petrona Pinto Mena para negar su pretensión indemnizatoria, se le aplica también a la señora Remedios Maut Pinedo M., por cuanto ésta tampoco demandó indemnización a su favor, ya que su intervención la cumplió como representante de sus hijos menores.

Por lo expuesto, y en desacuerdo con la fiscal colaboradora, 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:

CONFIRMASE la sentencia de mayo 4 de 1989, dictada por el Tribunal Administrativo de la Guajira, con la exclusión en los ordinales 2o. y 3o., de la señora Julia Petrona Pinto Mena, quién no demandó. La liquidación de la condena en abstracto deberá efectuarse en forma incidental, dentro de los sesenta días siguientes a la notificación del auto por el cual el *a-quo* ordene cumplir lo aquí dispuesto y con sujeción a las pautas indicadas tanto en la primera como en la segunda instancia.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVA.

Se deja constancia que esta providencia fue estudiada y aprobada en la Sala de la sesión de fecha 10 de octubre de 1991.

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

Lus Stella Correa Palacio, Secretaria.

EXTINCIÓN DEL DOMINIO/DERECHO DE PROPIEDAD/DICTAMEN PERICIAL

El propietario del inmueble no ejerció sobre él los actos de explotación económica previstos en la ley, tales como las plantaciones o sementeras, la ocupación con ganados y otros de igual significación económica, durante los tres últimos años. La propiedad privada merece el respeto del Estado, pero es igualmente cierto que ella tiene una función social que implica obligaciones. Todo dictamen pericial debe ajustarse a las formalidades procesales para la validez de la prueba, pues éstas son una garantía para las partes, si tales formalidades se pretermiten, el único efecto jurídico que se produce es el que el juez no puede darle mérito probatorio al experticio.

METODO EXEGETICO— Improcedencia

No siempre es de recibo la tesis según la cual cuando el texto de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal so pretexto de consultar su espíritu. Ciertamente es que en casos aislados puede ocasionar bienes; pero, mantenida y apreciada en todos los casos, conduce a equivocaciones irremediabiles. Poder distinguir rectamente es una de las principales tareas y virtudes del hombre de cultura científica. También el jurisconsulto, si quiere ser un hombre de ciencia, debe aprender a distinguir.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Santafé de Bogotá, D.C., octubre diecisiete (17) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Doctor Julio César Uribe Acosta.*

Referencia: Expediente Nro. 5083. Actor: Pedro Antonio Corredor Forero.
Demandado: Instituto Colombiano de La Reforma Agraria —Incora—

- 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 el demandante y el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria - Incora, el cual fue planteado ante ésta jurisdicción mediante libelo que obra a folios 2 y siguientes del Cuaderno Nro 1, en el cual se solicita que se hagan las siguientes declaraciones:

"1. Son nulas las Resoluciones números 003363 y 051 del 10 de julio de 1986, expedidas por la Gerencia General y la Junta Directiva del INSTITUTO COLOMBIANO DE LA REFORMA AGRARIA "INCORA", mediante las cuales se declaró y aprobó la extinción del derecho de dominio sobre los predios rurales denominados LA TIGRERA, BUENAVISTA, CAPRI, EL PARAISO, SAN VICENTE, LA ESPERANZA, SAN VICENTE - EL BATAN, y VERSALLES, EL MORAL-EL PORVENIR-EL ENGAÑO, ubicados en el municipio de San Juan de Rioseco, Departamento de Cundinamarca, de propiedad del señor PEDRO ANTONIO CORREDOR y de la señora ELIZABETH RUIZ DE CORREDOR.

"2. Son nulas las Resoluciones 000536 y 012 del 4 de febrero de 1987, expedidas por la Gerencia General y la Junta Directiva del INSTITUTO COLOMBIANO DE LA REFORMA AGRARIA "INCORA", por medio de las cuales no se accedió a revocar las resoluciones mencionadas en el numeral anterior.

"3. A título de restablecimiento del derecho lesionado ordénase la cancelación de la inscripción en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Facatativá de la Resolución 0451 del 27 de agosto de 1980, de la Dirección Regional del Proyecto Cundinamarca No. 1 (Hoy Regional Cundinamarca), que ordenó inciar (sic) el procedimiento administrativo de extinción del derecho de dominio, así como la cancelación de la inscripción en dicha Oficina de los actos administrativos cuya nulidad se solicita, en caso de que ella se hubiere efectuado". (Fl. 2 Cdo. No. 1).

Los hechos que sirven de apoyo a la *causa petendi* se recogen dentro del siguiente universo:

"1. Con fundamento en el artículo 22 de la ley 135 de 1961 la Junta Directiva del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria "INCORA" señaló el plazo dentro del cual los propietarios de predios de extensiones entre 100 y 500 hectáreas debían denunciarlos ante dicho Instituto para los fines contemplados en la referida norma.

“En relación con los propietarios de predios de superficies inferiores a 100 hectáreas el Acuerdo 008 de la Junta Directiva del INCORA señaló el plazo dentro del cual debían cumplir con la obligación de denunciarlos. (Acuerdo 008 de abril 5-78).

“2. A pesar de las facultades conferidas a la Gerencia General del INCORA, en razón de la expedición de los Acuerdos 3 de 22 de febrero de 1971 y 008 del 5 de abril de 1978, el INCORA no adquirió competencia para adelantar procedimientos de extinción del derecho de dominio sobre los predios a que hacen referencia dichos Acuerdos por cuanto fueron dictados con violación flagrante del Parágrafo del artículo 22 de la ley 135 de 1961, que radica en la Gerencia del INCORA y no en la Junta Directiva del mismo la competencia para expedirlos. En tal virtud, las disposiciones de los referidos Acuerdos resultaban inaplicables por ser violatorias de la ley.

“3. Conforme a lo expresado antes y sin tener competencia para ello, la Dirección Regional del Proyecto Cundinamarca No. 1 y Boyacá (Hoy Regional Cundinamarca) dictó la resolución No. 0451 del 27 de agosto de 1980 por medio de la cual ordenó iniciar las diligencias administrativas de extinción del derecho de dominio privado sobre los inmuebles a que alude la pretensión primera de esta demanda. En efecto, sobre dichos inmuebles no era procedente adelantar las mencionadas diligencias por cuanto todos ellos era de extensiones que oscilan entre 4 y 320 hectáreas y los referidos Acuerdos expedidos, como se dijo antes, con violación de la ley no podían atribuir competencia al INCORA para adelantar procedimientos de extinción sobre los inmuebles a que en ellos se alude.

“4. Cumplida, aunque irregularmente, la actuación administrativa prevista en la ley se expidieron por la Gerencia General y la Junta Directiva del INCORA las resoluciones números 003363 y 051 del 10 de julio de 1986, mediante las cuales se declaró y aprobó la extinción del derecho de dominio sobre los predios rurales denominados LA TIGRERA, BUENAVISTA, CAPRI, EL PARAISO, SAN VICENTE, LA ESPERANZA, SAN VICENTE-EL BATAN y VERSALLES, EL MORAL-EL PORVENIR-EL ENGAÑO, ubicados en el municipio de San Juan de Rioseco, Departamento de Cundinamarca, de propiedad de los demandantes.

“5. Contra las resoluciones mencionadas se interpuso recurso de reposición que fue resuelto desfavorablemente por las Resoluciones de la Gerencia General y de la Junta Directiva del INCORA números 00536 y 012 de febrero 4 de 1987

“6. Los actos administrativos acusados fueron expedidos con violación de las normas de superior jerarquía, que más adelante se citan y anali-

zan, sin tener competencia las autoridades que los expedieron, en forma irregular, falsamente motivados y con desviación de poder, por las siguientes razones:

“6.1. Incompetencia. No era procedente adelantar la actuación administrativa de extinción del dominio por ser inaplicables, como ya se explicó, los Acuerdos Nos. 3 del 22 de febrero de 1971 y 008 de abril 5 de 1978.

“6.2. Expedición irregular. El procedimiento administrativo que concluyó con la expedición de los actos demandados adolece de los siguientes vicios de procedimiento, que constituyen causales de nulidad:

“6.2.1. El recurso de reposición interpuesto contra la resolución No. 0451 del 27 de agosto de 1980, de la Dirección Regional del Proyecto Cundinamarca No. 1 y Boyacá, fue resuelto por dicha Dirección Regional en providencia de abril 20 de 1982 (folios 117 a 126 del expediente), cuando tal atribución correspondía al Gerente General, al haberse derogado la resolución No. 01072 de 1980, sobre delegación de funciones a los Directores Regionales, por las resoluciones números 03676 de agosto 10 de 1981 y 03743 de agosto 14 de 1981, todas de la Gerencia General del INCORA. En tal virtud, tanto la providencia que resolvió el recurso, como la actuación posterior, es nula.

“6.2.2. No se dio trámite a la objeción por error grave formulada contra el dictamen pericial ni a las solicitudes de aclaración y complementación del mismo.

“6.2.3. Los dictámenes de los peritos se produjeron irregularmente, por cuanto los peritos del CODAZZI no se designaron mediante sorteo público. Tampoco los peritos examinaron conjuntamente los inmuebles ni rindieron el dictamen en un solo escrito.

“6.3. Falsa motivación. La motivación contenida en los actos demandados es falsa, porque los inmuebles en cuestión no se encuentran inexplotados, sino por el contrario, explotados según las exigencias legales.

“6.4. Desviación de poder. No se tuvo en cuenta el interés público al proferir los actos acusados que garantiza y preserva el dominio de los propietarios de inmuebles rurales que los explotan económicamente, o se encuentran cumpliendo con las normas sobre conservación de los recursos naturales renovables.

“7. Mediante auto del 4 de diciembre de 1986 (Expediente No. 4989. INCORA. Actor: BERNARDO CARREÑO VARELA. Magistrado ponente: Dr. JULIO CESAR URIBE ACOSTA) La Sección III de la Sala

de lo Contencioso Administrativo del Honorable Consejo de Estado suspendió provisionalmente el Acuerdo No. 3 de 1971, dictado por la Junta Directiva del INCORA". (fls. 2 - 4 Cdno. No. 1).

Bajo el rubro "NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACION", el demandante argumenta dentro del siguiente temperamento:

"Artículos 16, 26 y 30 de la Constitución Nacional. Con la expedición de los actos acusados se violaron las normas constitucionales en referencia, porque al decretarse la extinción del derecho de dominio sobre los inmuebles anotados, sin ser procedente la extinción por tratarse de predios explotados económicamente, tanto la Gerencia General como la Junta Directiva del INCORA, desconocieron la protección que las diferentes autoridades del Estado deben a la propiedad privada, cuando esta cumple con la función social a que está afectada, según los artículos 16 y 30. Se violó el artículo 26 de la C.N., por cuanto el procedimiento de extinción que se adelantó se encuentra plagado de las irregularidades de procedimiento que se reseñaron anteriormente y, en tal virtud, se desconoció la garantía del debido proceso y del derecho de defensa.

"Artículo 84 del C.C.A. Esta norma fue violada porque los actos administrativos acusados fueron expedidos con violación de las normas superiores a las cuales deben estar sujetos, por funcionarios incompetentes, falsamente motivados y con desviación de poder. Los vicios de nulidad mencionados aparecen analizados, en parte, en el hecho 6 de la demanda, en el cual se expusieron las razones fácticas que los originaron.

"Artículos 348 y 349 del C.P.C.; 13 del Decreto 2733 de 1959, 152, numeral 2) del C.P.C., en concordancia con el artículo 84 del C.C.A. La transgresión de estas normas se produjo, por cuanto el Director Regional del Proyecto Cundinamarca No. 1 y Boyacá no tenía competencia para resolver el recurso de reposición interpuesto contra el acto que ordenó adelantar las diligencias de extinción del dominio, como quedó explicado en el hecho 6.2.1., pues como allí se dijo las facultades atribuidas a dicho funcionario fueron derogadas por las resoluciones de la Gerencia General del INCORA números 3676 y 3743 de 1981.

"Artículos 152, numerales 4) y 6) y 238 del C.P.C., 15 numeral 5 del Decreto 1577 de 1974, 24 de la ley 135 de 1961, 215 de la C.N. y 12 de la ley 153 de 1887, en concordancia con el numeral 3) del artículo 120 de la C.N. La actuación surtida dentro del procedimiento de extinción de dominio se encuentra afectada de nulidad, a partir del auto de noviembre 14 de 1984. La nulidad en cuestión se originó porque los interesados en tiempo oportuno objetaron el dictamen pericial por

error grave y solicitaron aclaración y complementación del mismo. Ignoró el INCORA las correspondientes peticiones y, en tal virtud, se abstuvo de darles a las mismas la tramitación prevista en los artículos 238 del C.P.C., y 14 numeral 5) del Decreto 1577 de 1974; de esta manera se omitió una etapa fundamental del procedimiento, como es la contradicción del dictamen pericial, lo cual le resta toda fuerza probatoria, y se incurrió en las causales de nulidad prevista en los numerales 4) y 6) del artículo 152 del C.P.C.

“En el INCORA se ha sostenido la tesis, a mi modo de ver equivocada, de que el dictamen pericial sólo es susceptible de aclaración o complementación, ya que el artículo 14 *ibídem* no contempla la objeción del dictamen; más si esto último no está previsto ello no es obstáculo para que se apliquen las normas del C.P.C., aparte de que un simple decreto reglamentario no puede establecer una restricción probatoria que no contempla el artículo 24 de la ley 135 de 1961, que es la norma reglamentada, ni el estatuto procesal ordinario. En todo caso, si la norma consagra la aludida restricción, sería inconstitucional, por violación del numeral 3) del artículo 120 de la C.N., por exceso en el ejercicio de la potestad reglamentaria e inaplicable conforme a los artículos 215 de la C.N. y 12 de la ley 153 de 1887.

“Artículos 6o. del Decreto 1904 de 1962 y 237 del C.P.C. Se violó la primera de las normas citadas, por cuanto los peritos del INCORA y del Instituto Geográfico Agustín Codazzi no fueron designados mediante sorteo público, como lo exige el artículo 6o. del Decreto 1904 de 1962, sino en forma directa. La segunda norma fue violada, porque los peritos no examinaron conjuntamente los inmuebles, ni deliberaron entre sí, ni rindieron el dictamen en un sólo escrito, como lo exige la referida disposición.

“Artículos 3o. literal a), 22, 23, 24 y 27 de la Ley 135 de 1961, 1o. y 6o. de la Ley 200 de 1936, 1o., 3o., 4o., 5o., 8o. y 9o. a 23 del Decreto 1577 de 1974, 12 de la Ley 153 de 1887, 4o. del Decreto 2278 de 1953, 1o., 2o., 3o., 8o., 178, 179 y 180, 195, 196, 199, 200, 202, 203 y 204 del Decreto 2811 de 1974 (Código Nacional de los Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente). Los Acuerdos números 3 de febrero 22 de 1971 y 008 del 5 de abril de 1978 de la Junta Directiva del Incora, son inaplicables por ilegales al tenor del artículo 12 de la Ley 153 de 1887 (Excepción de ilegalidad), por cuanto violan de manera flagrante el parágrafo del artículo 22 de la Ley 135 de 1961, toda vez que correspondía a la Gerencia General y no a la Junta Directiva del Incora, expedir la reglamentación en ellos contenida, sobre la obligatoriedad de los propietarios de predios de extensiones hasta 500 hectáreas, de presentar la declaración descriptiva a que alude el artículo 22 *ibídem*, en relación con la situación jurídica y la explota-

ción económica de los mismos. Por consiguiente, el INCORA carecía de competencia para adelantar el procedimiento de extinción de dominio en relación con los predios de propiedad de mis mandantes cuya extinción de dominio se declaró. En efecto, el inciso 5o. del artículo 22 ibídem dice: "Con base en las relaciones y documentos indicados y en cualesquiera otras informaciones que pueda llegar o que se le comuniquen, el Instituto adelantará metódicamente el estudio de los predios a que se refiere este artículo desde el punto de vista de su explotación económica, al tenor de lo previsto en el artículo 8o. de la Ley 200 de 1936 y en el inciso 2o. del artículo 29 del Decreto 59 de 1938". Concordante con esta disposición el artículo 8o. del Decreto 1574 dice: "INFORMACION PREVIA. Para que el Instituto pueda iniciar el procedimiento administrativo deberá informarse sobre el estado de explotación o de abandono en que se encuentre el predio, para cuyo efecto podrá ordenar:

"a) El estudio de la información suministrada por los propietarios o poseedores en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 22 de la Ley 135 de 1961 ..."

"Reafirma el hecho de que la reglamentación de la presentación de la declaración descriptiva de que trata el artículo 22 en cita es condición para que el INCORA adquiera competencia para adelantar el procedimiento de extinción, que el artículo 9o. del Decreto 1577 de 1974, al regular la iniciación del procedimiento administrativo expresa que si la información obtenida por el Instituto apareciere que el predio no se encuentra explotado de acuerdo con las exigencias legales, éste dictará una resolución ordenando adelantar los trámites administrativos pertinentes.

"Se violaron las normas de los artículos 23, 24 y 27 de la Ley 135 de 1961, 1o. y 6o. de la Ley 200 de 1936, 1o., 3o., 4o., 5o., 8o. y 9o. a 23 del Decreto 1577 de 1974, al declararse la extinción del derecho de dominio habida consideración de que los propietarios de los inmuebles adelantaban sobre ellos una explotación económica regular y estable, con arreglo a las exigencias legales.

"La declaratoria de extinción de dominio abarcó extensiones que por su topografía, no eran susceptible (sic) de explotación económica, por cuanto debían dedicarse a la conservación de los recursos naturales renovables; en tales circunstancias, se incurrió en violación de los artículos 27 de la Ley 135 de 1961, 5o. letra a) del Decreto 1577 de 1974, 4o. del Decreto 2278 de 1953 y las normas del Decreto 2811 de 1974, que antes se relacionaron.

"EL INCORA al computar las áreas objeto de extinción, ignoró que los inmuebles cuyo dominio se extinguió hacían parte de una unidad de

explotación económica, conocida como Hacienda CAPRI, como la propia Entidad lo reconoce a lo largo de la actuación administrativa; al proceder de esta manera violó los artículos 1o. de la Ley 200 de 1936 y 5o. letra a), parágrafos 1 y 2 del Decreto 1577 de 1974". (Fls. 4 - 7 Cdno. No. 1).

- II -

**ALEGATO PRESENTADO POR EL APODERADO
DE LA PARTE ACTORA**

Dentro del término que brinda la ley, alegó de conclusión, para exponer, en lo pertinente, lo siguiente:

"6. HECHOS ACREDITADOS DENTRO DEL PROCESO: La realidad probatoria demuestra lo siguiente:

"6.1. Los Acuerdos 3 del 22 de febrero de 1971 y 008 del 5 de abril de 1978, no otorgaron competencia al Gerente General ni a los Directores Regionales, como delegados de este, para adelantar actuaciones sobre extinción del derecho de dominio, en relación con predios inferiores a 500 hectáreas, por haberse expedido con violación del artículo 22 de la ley 135 de 1961, lo cual determina su inaplicabilidad al tenor del artículo 12 de la Ley 153 de 1887 (Excepción de ilegalidad). Es más, en relación con este último Acuerdo se observa, que en él se autoriza a la Gerencia para adelantar actuaciones referentes a la extinción del dominio, sin la previa presentación de la declaración descriptiva, a que alude el artículo 22, en cita, lo cual no es posible.

"6.2. La Dirección Regional del Proyecto Cundinamarca No. 1 y Boyacá (hoy Regional Cundinamarca) no tenía competencia para adelantar la actuación administrativa correspondiente, por cuanto los actos administrativos de delegación de funciones que se invocan para afirmar su competencia, no le confieren las atribuciones necesarias para ello.

"6.3. El predio, denominado genéricamente HACIENDA CAPRI, y conformado físicamente por los inmuebles objeto de la decisión administrativa, se encuentra económicamente explotados en la actualidad y en la fecha en que se adelantaron las actuaciones administrativas de extinción del dominio. La Inspección Judicial y el dictamen pericial, junto con su aclaración y adición, acreditan los siguientes hechos y circunstancias, relevantes para calificar jurídicamente la explotación económica de la HACIENDA CAPRI, integrada por los predios mencionados:

“a) Los predios que conforman dicha Hacienda constituyen una sola unidad de explotación económica. EL INCORA calificó la explotación económica analizando cada predio en forma individual.

“b) Los predios, atendiendo su topografía y las condiciones agrológicas de los suelos, presentan graves limitaciones para su explotación económica, lo cual determina que gran parte de su extensión no sea susceptible de explotación económica y deba conservarse como reserva forestal para la protección de los recursos naturales y, la restante, debe ser objeto de un manejo cuidadoso, mediante la conservación de la vegetación natural propia de la región. Estas circunstancias no fueron tenidas en cuenta por el INCORA al adoptar la decisión.

“c) La explotación económica adelantada en el pasado y en el presente por los propietarios, es la adecuada según la ley, dadas las limitaciones que los predios presentan para su explotación. En tal virtud, no se le podía exigir a estos que adelantasen una explotación económica por encima de las posibilidades físicas de explotación de los referidos predios, pues, nadie está obligado a realizar lo imposible.

“7. PROSPERIDAD DE LAS SUPPLICAS DE LA DEMANDA: Considero que el Consejo debe acceder a las pretensiones de la demanda pues, están demostrados los hechos fundamentales de la misma y, especialmente, que no se justificaba la medida de extinción de dominio, ante el hecho, acreditado con prueba pericial, de que los predios no podían ser explotados en forma diferente a la realizada por sus propietarios”. (fls. 109 – 110 Cdno. No. 1).

– III –

CONDUCTA PROCESAL DEL MANDATARIO DEL INCORA

A folios 111 y siguientes del cuaderno No. 1, obra el escrito en que el procurador judicial del centro de imputación jurídica demandado 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, en lo pertinente, dentro del siguiente temperamento:

“2. LEGALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DEMANDADOS Y OPOSICION AL ATAQUE QUE LES HACE EL ACTOR.

“Para desvirtuar los argumentos en los cuales el actor pretende fundamentar la demanda y su adición, nos es suficiente hacer un sencillo análisis de las normas de orden legal y procedimental, lo mismo que de las pruebas que obran en el expediente y sus anexos y que sirvieron de base o soporte jurídico a la administración representada en este caso

por el INCORA para expedir las resoluciones que ataca el actor en este proceso. Para el efecto analicemos frente a tales normas y pruebas cada uno de los argumentos en que se sustentó el actor, en el mismo orden expuesto en la demanda y concluiremos fácilmente que en la expedición de las resoluciones atacadas el Instituto observó estrictamente todos los mandatos constitucionales, legales y procedimentales; en consecuencia, no puede afirmarse válidamente que las normas que fundamentan las providencias demandadas estén en contra de otras disposiciones igualmente legales como lo pretende hacer el actor en su demanda. Veamos y analicemos:

“2.1. El Inciso segundo, literal a) del artículo 3o. de la Ley 135 de 1961 preceptúa: “... Compete igualmente al Instituto a nombre del Estado ... lo mismo que adelantar las diligencias y dictar las resoluciones sobre extinción del derecho de dominio privado de que trata el artículo 6o. de la Ley 200 de 1936”.

“El artículo 6o. de la Ley 200 de 1936 a que nos remite esta facultad legal, dispone: “Artículo 6o. (Modificado por la Ley 4a. de 1973, artículo 3o.). Establécese en favor de la Nación la extinción del derecho de dominio o propiedad sobre los predios rurales en los cuales se dejare de ejercer posesión en la forma establecida en el artículo primero de esta ley, durante tres (3) años continuos contados a partir de la vigencia de la presente ley, salvo fuerza mayor o caso fortuito”.

“El Inciso quinto del artículo 22 de la Ley 135 de 1961, prevé: “... Con base en *las relaciones* y documentos indicados y en *cualquiera otras informaciones que pueden allegar o que se le comuniquen*, el Instituto adelantará metódicamente el estudio de los predios ... desde el punto de vista de su explotación económica, al tenor de lo dispuesto en el artículo 8o. de la Ley 200 de 1936 y el Inciso 2o. del artículo 29 del Decreto 059 de 1938”. (se subraya).

“El Inciso segundo del artículo 29 del Decreto 059 de 1938, dispone: “El Ministerio de Agricultura y Comercio, o *aquel a que esté adscrito el ramo de tierras, deberá informarse previamente sobre el estado de explotación o de abandono en que se halle el terreno de que se trate.*

“*Para obtener la información a que se refiere el Inciso anterior, el Ministerio podrá optar entre requerir al actual propietario o poseedor inscrito de un término prudencial que fijará el mismo Ministerio, presente la prueba respectiva u obtener que se practique una inspección ocular por empleados de su dependencia ...*” (se subraya).

“Por su parte, el Decreto 1577 de 1974, por el cual se reglamentan las leyes 200 de 1936, 135 de 1961, con las modificaciones introducidas

por las leyes 1a. de 1968 y 4a. de 1973, en lo relativo a la extinción del derecho de dominio privado sobre inmuebles rurales; en su artículo 7o. ordena: “COMPETENCIA. Conforme al literal a) del artículo 3o. de la Ley 135 de 1961, *corresponde al INSTITUTO COLOMBIANO DE LA REFORMA AGRARIA, INCORA, adelantar de oficio o a petición de los Procuradores Agrarios o de cualquier persona, el respectivo procedimiento sobre extinción del dominio*”. (se subraya), y los artículos 8o. y siguientes de este Decreto indican el procedimiento a seguir en el trámite de la declaración administrativa de extinción del derecho de dominio privado.

“Como los Honorables Consejeros pueden apreciar, ninguna disposición de orden legal o procesal determina que la competencia del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, para adelantar las gestiones, iniciar los trámites y dictar las resoluciones sobre declaratoria de extinción del derecho de dominio privado esté condicionada a la expedición de los Acuerdos de que habla y lo pretende hacer ver el actor; en consecuencia, la suspensión de los Acuerdos 03 de 1971 y 08 de 1978, ni aún su declaratoria de nulidad, no tiene que ver ni mucho menos puede legalmente limitar la facultad que tiene el Instituto para iniciar, adelantar y dictar las resoluciones de extinción del derecho de dominio privado en favor de la Nación, puesto que como se desprende de la simple lectura de las normas transcritas, la facultad de la administración para tales efectos le es dada por la propia ley, esto es, que es emanada de ella y no de ningún acto o disposición diferente.

“Por lo aquí expresado y aprobado el ataque que hace el actor contra las resoluciones demandadas basado en la suspensión de los Acuerdos 03 de 1971 y 08 de 1978 proferidos por la Junta Directiva del INCORA y que obran a folios 82 a 85 y 86 a 87 del cuaderno No. 1 y 115 a 119 y 120 a 121 respectivamente del cuaderno No. 3 BIS del expediente de este proceso, carece de fundamento legal, por lo tanto dicho cargo debe desecharse.

“Por otra parte y según el numeral 7o. de los hechos de la demanda, la suspensión de los Acuerdos 03 de 1971 y 08 de 1978, se produjo el 4 de diciembre de 1984. Esto nos indica que si en gracia de discusión se aceptara que los precitados Acuerdos tuviesen alguna relación con lo afirmado por el impugnante, tampoco podría tener cabida lo manifestado por este, en razón a que cuando se expidió la Resolución 451 de 1980 —que ordenó iniciar los trámites—, dichos Acuerdos se encontraban vigentes por tanto de conformidad con lo preceptuado por el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo era obligatorio su cumplimiento.

“2.2. Respecto a lo afirmado por el actor en el sentido de que la Regional Cundinamarca no tenía competencia para expedir la Resolución

451 del 27 de agosto de 1980 que ordenó iniciar las diligencias de extinción del derecho de dominio privado a favor de la Nación sobre los predios que conforman la HACIENDA CAPRI, ni para proferir el auto de fecha 20 de abril de 1982, por el cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto por los propietarios contra la precitada resolución 451 de 1980, considero procedente manifestar a los Honorables Consejeros que la apreciación del actor se desvirtúa con el siguiente análisis:

“2.2.1. La Resolución número 1072 del 25 de marzo de 1980 expedida por la Gerencia General del INCORA (vista a folios 214 a 218 del cuaderno 2 y 101 a 105 del cuaderno 3 BIS del expediente, en el numeral 2) literal A del artículo Primero delega en los Directores Regional de Proyecto, la siguiente facultad:

“La de expedir las resoluciones por las cuales se inicie el procedimiento encaminado a determinar si conforme a la ley, se debe extinguir en todo o en parte, el derecho de dominio privado sobre un predio y la de adelantar el procedimiento pertinente; igualmente, la de hacer la declaración a que se refiere el parágrafo del artículo 9o. del Decreto 1577 de 1974. Esta delegación no comprende la de expedir la Resolución que decide de fondo el procedimiento de extinción”.

“Como se puede observar, fue en virtud de la facultad delegada por la Gerencia General que la Dirección Regional Cundinamarca expidió la Resolución 451 del 27 de agosto de 1980 (folios 27 a 34 del anexo 4 del expediente), por medio de la cual se ordenó iniciar el procedimiento administrativo de extinción del derecho de dominio de los predios que conforman la HACIENDA CAPRI; en consecuencia reitero que el distinguido apoderado del actor no le asiste ninguna razón para sostener lo contrario.

“2.2.2. Cuando ya el apoderado del propietario había interpuesto, el recurso de reposición contra la Resolución 451 de 1980, y estando pendiente su decisión (recurso interpuesto el 17 de marzo de 1981 folios 50 a 52 anexo No. 4 del expediente), por parte de la Regional, entró en vigencia el 10 de agosto de 1981 la Resolución 3676 (folios 225 a 227 del cuaderno 2 y 106 a 108 del cuaderno 3 BIS) de la misma fecha por medio de la cual la Gerencia General delega en los Directores Regionales de Proyectos funciones de carácter jurídico, habiendo delegado en el numeral 2) de su artículo Primero la siguiente función:

“La de adelantar el procedimiento encaminado a determinar si conforme a la Ley, procede o no la declaratoria de extinción del dominio privado sobre un predio cuya iniciación hubiese ordenado la Gerencia General. Esta delegación no comprende la de expedir la resolución que decide de fondo el procedimiento de extinción del dominio”.

“Al analizar el texto de la norma transcrita se aprecia que la única facultad o competencia que para casos futuros se reservó la Gerencia General con la resolución 3676 citada, que en este asunto es la misma 3743 vigente a la fecha de resolver el recurso, es la de expedir la resolución que ordene iniciar el procedimiento de extinción del dominio privado, pues las Regionales siguen conservando su facultad que ya tenían para adelantar el procedimiento de extinción hasta colocarlo en el estado de decisión de fondo, decisión que corresponde y siempre ha correspondido a la Gerencia General.

“2.2.3. En el mismo mes, esto es el 14 de agosto de 1981, la Gerencia General profirió la resolución 3743 de esta misma fecha (folios 219 a 224 del cuaderno 2 y 109 a 115 del cuaderno 3 BIS DEL EXPEDIENTE), en la cual vuelve a delegar funciones jurídicas a las Regionales del Instituto y en cuanto al tema que nos ocupa esta resolución en el numeral 1o. del literal A. del artículo 1o. delega a las Regionales la función de:

“Adelantar el procedimiento encaminado a determinar si conforme a la Ley, procede o no a la declaratoria de extinción del dominio privado sobre un predio, cuya iniciación hubiere ordenado la Gerencia General. Esta delegación no comprende expedir la resolución que decide de fondo el procedimiento de extinción del dominio”.

“Como se puede observar, esta resolución no cambia en nada la competencia de las Gerencias Regionales que antes tenían en virtud de la resolución 3676, la cual fue derogada por la resolución 3743 del 14 de agosto de 1981, disposición que estaba vigente al momento de expedir el auto del 20 de abril de 1982, por el cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto por el apoderado de los propietarios contra la resolución 451 del 17 de agosto de 1980.

“Del conocimiento de las delegaciones que contienen las resoluciones transcritas se deduce que con la derogatoria de la resolución 1072 de 1980, la Regional Cundinamarca no perdió competencia para resolver el recurso de reposición interpuesto contra la RESOLUCION 451 del mismo año en virtud de que en dichas resoluciones la delegación de la función de “Adelantar el procedimiento encaminado a determinar si conforme a la ley, procede o no la declaratoria de extinción del dominio privado sobre un predio ...” y como el tratamiento y decisión de los recursos hace parte de dicho procedimiento o trámite se concluye que el auto proferido el 20 de abril de 1982 por la Regional Cundinamarca está en un todo ajustado a la Ley.

“2.2.4. Si lo anterior no fuere suficiente para demostrar la legalidad del acto administrativo impugnado, basta agregar para el efecto que de los artículos 348 y 349 del Código de Procedimiento Civil en concordancia con los artículos 50 y 51 del Código Contencioso Administrativo

se infiere que los recursos de reposición deben ser resueltos por el organismo o funcionario que los profirió, tal como ocurrió en el *sub-lite*; por lo tanto, aún en el supuesto caso que las resoluciones transcritas estuvieren cambiando este principio jurídico, su determinación estaría contraviniendo los preceptos de los Códigos de Procedimiento Civil y Contencioso Administrativo y por lo tanto dicho cambio no sería legalmente de recibo.

“2.2.5. El artículo 699 del Código de Procedimiento Civil vigente a la fecha en que la Regional Cundinamarca resolvió el recurso de reposición contra la Resolución 451 de 1980, en lo relativo a la vigencia de la ley, esta norma dispone:

“En los procesos iniciados antes, los recursos interpuestos, la práctica de las pruebas decretadas, los términos que hubieren comenzado a correr, los incidentes en curso y las notificaciones que se estén surtiendo, se regiarán (sic) por las leyes vigentes cuando se interpuso el recurso, se decretaron las pruebas, empezó a correr el término, se promovió el incidente o principio a surtirse la notificación” (Se subraya).

“Estudiando el precepto contenido en el artículo 699 del Código de Procedimiento Civil, se observa que la Resolución aplicable al caso en estudio era la 1072 del 25 de marzo de 1980, toda vez que el recurso de reposición contra la Resolución 451 del 27 de agosto de 1980, fue interpuesto el día 17 de marzo de 1981 (folios 50 a 52 del anexo 4 del expediente de este proceso), esto es, en vigencia de la citada Resolución 1072 y no de la Resolución 3676 ni de la 3743 porque estas fueron expedidas en agosto de 1981 o sea posteriormente a la fecha de interposición del recurso de reposición, lo cual quiere decir que de conformidad con la ley la Regional Cundinamarca tenía plena competencia para resolver el recurso, no quedando razones para que se siga alegando lo contrario.

“2.2.6. Por otra parte, y, si aún persistiere la duda sobre la supuesta presentación de la pretendida nulidad, considero procedente expresar que esta fue saneada en la forma como acertadamente lo hace ver el señor Procurador Agrario en el oficio 1058 -I- del 15 de abril de 1983 dirigido al INCORA y que obra a folios 72 a 73 del cuaderno 3 Bis y a folios 460 y 461 del anexo 2 del expediente de este proceso.

“2.2.7. Además de lo anterior y para terminar con este punto comedidamente me permito manifestarle a los Honorables Consejeros que, no entiendo el por qué el señor apoderado de los propietarios continúa insistiendo sobre la existencia de la supuesta nulidad, por falta de competencia de la Regional Cundinamarca para expedir la resolución 451 de 1980 y del auto de 20 de abril de 1982 que resolvió el recurso inter-

puesto contra la misma, cuando este aspecto ya fue debatido ampliamente y por consiguiente decidido en la etapa o procedimiento administrativo en la forma como está probado en el auto del 2 de agosto de 1983 proferido por la Gerencia General de la entidad que represento, visto a folios 464 a 477 del cuaderno 2 y a folios 74 a 87 del cuaderno 3 Bis del expediente de este proceso.

"2.3. Con relación a lo afirmado por el actor en los numerales 6. a 6.4 de los hechos de la demanda, y en el numeral 8o. de la adición de la misma, me permito manifestar a los Honorables Consejeros que con la argumentación que hago en este capítulo fundamentada en la realidad como ocurrieron los hechos, en las pruebas que obran en el expediente y en las normas de orden legal y procedimental que rigen la figura jurídica de la extinción del derecho de dominio privado a favor de la Nación sobre predios incultos, quedan desvirtuadas en su integridad cada una de las razones en que se fundamenta el demandante; para el efecto empleo el mismo orden en que fueron expuestas en el libelo demandatario (sic), así:

"2.3.1. Respecto de la incompetencia (sic) de que habla el numeral 6.1., se informa que este aspecto quedó debatido y desvirtuado con lo expresado en el numeral 2.1. de este memorial.

"2.3.2. En lo que hace alusión con la supuesta expedición irregular de que tratan los numerales 6.2 y 6.2.1. de la demanda, ruego a los Honorables Consejeros tener en cuenta que dichas afirmaciones carecen de fundamento legal, tal como quedó probado con lo anotado en los numerales 2.2.1 a 2.2.7 del presente escrito.

"2.3.3. En el numeral 6.2.2. del capítulo hechos u omisiones de la demanda, dice el actor: "No se dio trámite a la objeción por error grave formulada contra el dictamen pericial ni a las solicitudes de aclaración y complementación del mismo ". En relación a lo aquí transcrito, es necesario manifestar a los Honorables Consejeros que dentro del procedimiento administrativo los interesados objetaron el dictamen pericial por error grave y uno de los propietarios el señor PEDRO ANTONIO CORREDOR FORERO, en escrito que obra a folio 541 del anexo No. 3 del expediente de este proceso, solicitó la ... complementación del dictamen con el fin de que se estableciera la explotación de los predios a la fecha de la solicitud, esto es, al 13 de marzo de 1984, cuando la diligencia de inspección ocular que se pretendía complementar se había realizado durante los días 24 al 27 de agosto de 1982; por esta razón la Regional Cundinamarca mediante auto de fecha 14 de noviembre de 1984 visto a folios 579 a 585 del anexo No. 3 del expediente de este proceso, analiza suficientemente este aspecto, por tanto no considero necesario repetir su fundamentación en este escrito, pero si me parece

importante resaltar de ella la conclusión de los dos aspectos que se debatieron:

“Dice el auto que se denegó la objeción por error grave del dictamen pericial: *“En cuanto a la solicitud de que en caso de aceptarse la objeción (subraya el despacho), se señale nueva fecha para efectuar diligencia de ampliación y aclaración, a fin de establecer puntos que formula el apoderado, prevé el artículo 14 del Decreto 1577 de 1974, en su numeral 5o. que el dictamen se pondrá en conocimiento del propietario y del Ministerio Público por el término de tres (3) días, dentro de los cuales pueden solicitar se complemente o actore (sic). De lo cual se colige, que la ley en este procedimiento especial, no cobija la objeción del dictamen y debe tenerse en cuenta el principio de que cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu”*”.

“Además el principio del debido proceso, en una garantía, que consiste en que no se puede emplear un procedimiento diferente al asignado por la ley en cada caso, y si ello ocurre produce inadecuación del trámite, que constituye excepción previa o causal de nulidad, sin perjuicio del deber que tiene el juez de dar el trámite que corresponda, aunque el demandante señale otro (página 176 Curso de Derecho Procesal Civil, Hernando Morales Molina -Edición 1978). Conc.: Art. 97-152-85 C. de P.C.”.

“Según nuestra ley procesal sólo es posible acudir al proceso ordinario cuando aquella no establece para el asunto trámite distinto (artículos 396-397 C.P.C.), como en este caso se trata de un pronunciamiento especial. Por tal circunstancia, este despacho mediante providencia de marzo 1o. ordenó correr traslado del dictamen para que solicitaran complementación o aclaración, sin incluir la objeción por cuanto ésta no está consagrada para este trámite.

“A lo transcrito se agrega que la Regional Cundinamarca mediante la citada providencia negó la objeción al dictamen por cuanto se pretendía con ello, establecer la condición jurídica de los ocupantes, aspecto que no puede determinarse con el dictamen de los peritos, ya que dicha condición la debe establecer el funcionario que presida la diligencia de inspección ocular y no los peritos, pues así lo determina el Parágrafo del artículo 22 del Decreto 1577 de 1974.

“Además de esta razón considero que la objeción fue denegada por cuanto que el peticionario carecía de legitimación para formularla por cuanto que el doctor VICTOR MANUEL ZABALA PARRA objetó el dictamen a nombre y representación del Fondo de Empleados de Bavaria, cuando esta entidad a la fecha de la solicitud ya no era la propie-

taria de los inmuebles. Agregó igualmente que la complementación del dictamen solicitado por el señor PEDRO ANTONIO CORREDOR FORERO, no fue atendida por cuanto que con ella se pretendía establecer hechos actuales (existentes al 13 de marzo de 1984), cuando la diligencia de inspección ocular se había practicado entre el 24 y el 27 de agosto de 1982, esto es dos años antes y la complementación o aclaración de que habla la ley, es para aclarar y complementar hechos de cuando se practicó el experticio y además porque la petición de complementación y aclaración fue formulada a condición de que se aceptara la objeción y como esta no era legalmente procedente, al no ser posible la condición no podía tramitarse lo subsiguiente.

“2.3.4. Anota el actor en el numeral 6.2.3. de los hechos de la demanda que los dictámenes de los peritos se produjeron irregularmente.

“Al respecto considero procedente precisar que por tratarse de un procedimiento especial, los peritos se seleccionan y nombran también de acuerdo a lo que dispone el Parágrafo del artículo 24 de la ley 135 de 1961 y no como lo indica el actor en el sentido de que debían nombrarse conforme el Decreto 1904 de 1962 y se aclara que ésta última disposición se aplica a la actuación de tales auxiliares en los acalúos (sic) que indican los artículos 61, 68 y 69 de la ley 135 de 1961, normas que regulan la adquisición de tierras por parte del INCORA y no al trámite de extinción del derecho de dominio privado a favor de la Nación, que tiene su legislación y reglamentación especial. En cuanto a los otros motivos de que trata el escrito demandatario, en este aspecto (peritazgo y dictamen), conviene aclarar que a folios 180, 183 a 203 y 204 a 222 del anexo No. 4 del expediente de este proceso, se parecía que los peritos se posesionaron con las formalidades del caso, se les dio a conocer los puntos que debían absolver en su dictamen, todos firmaron el acta de inspección ocular y rindieron su dictamen, todo como lo ordenan las normas especiales que regulan esta clase de procedimientos; por lo tanto, tampoco es de recibo lo afirmado por el demandante en el numeral 6.2.3. de su escrito.

“2.3.5. Es tan admirable el esfuerzo que hace el distinguido apoderado de los propietarios para obtener de alguna manera la nulidad de los actos demandados que a más no poder en los numerales 6.3. y 6.4 del capítulo hechos u omisiones de la demanda, se atreve a afirmar que la motivación contenida en los actos demandados es falsa porque los inmuebles al momento de la inspección ocular no se encontraban explotados *sino explotados* y que hubo desviación de poder disque (sic) porque no se tuvo en cuenta el interés público que garantiza y preserva el dominio *de los propietarios de inmuebles rurales que los explotan económicamente o se encuentran* cumpliendo con las normas sobre conservación de los recursos naturales renovables (subrayo).

“En relación con estas afirmaciones de la demanda, con todo respeto me permito manifestar a los Honorables Consejeros que ellas carecen de todo fundamento de hecho y de derecho; esto es, que no son verdaderas, por las siguientes razones:

“2.3.5.1. El artículo 24 de la ley 135 de 1961 en concordancia con los artículos 14 a 22 del Decreto 1577 de 1974 señalan la tarifa legal de las pruebas mediante las cuales se puede establecer si un predio ha sido o no explotado económicamente señalando como medio principal la inspección ocular con intervención de peritos.

“2.3.5.2. El Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, en obediencia de este mandato y acatando las peticiones de los propietarios y observando el trámite o procedimiento que le indican las normas contenidas en el capítulo VII de la ley 135 de 1961 y en el Decreto 1577 de 1974 mediante diligencia efectuada entre los días 24 y 27 de agosto de 1982 practicó la inspección ocular a los predios objeto de la extinción del dominio, diligencia en la que intervinieron entre otros, el funcionario del INCORA que la presidió, un Secretario, un Topógrafo, el apoderado de los propietarios, varios ocupantes y los 3 peritos de que habla la ley agraria y el Decreto reglamentario así: Un designado por el propietario, otro por el INCORA y el tercero por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi, los dos últimos pertenecientes al cuerpo especial de peritos del Instituto Geográfico Agustín Codazzi, en la forma como lo ordena el párrafo del artículo 24 de la ley 135 de 1961 y numeral 1o. del artículo 14 del Decreto 1577 de 1974.

“2.3.5.3. Al analizar el texto de la diligencia de Inspección Ocular a que se refiere el numeral anterior que obra a folios 35 a 52 del cuaderno 3 BIS y 183 a 203 del anexo No. 4 del expediente de este proceso, observamos claramente que los predios sobre los cuales se declaró la extinción del derecho de dominio privado se encontraban inexplorados desde hacía más de tres años y en los pocos que presentaban algún tipo de labor esta era adelantada por ocupantes que no reconocieron vínculo de dependencia (sic) con los propietarios.

“2.3.5.4. El dictamen rendido por los peritos que participaron en la diligencia y que obra a folios 53 a 71 del cuaderno 3 BIS y 204 a 222 del anexo No. 4 del expediente de este proceso, en los numerales 1.7, 2.7, 3.7, 4.7, 5.7, 8.7, 9.7, 10.7 y 11.7 dicho dictamen indica “No existe ningún tipo de explotación económica del Fondo de Empeldos (sic) de Bavaria”, el experticio se refiere a dicho fondo porque era el propietario inscrito e (sic) esa fecha.

“Como los Honorables Consejeros pueden apreciar los predios sobre los cuales se declaró la extinción del derecho de dominio a favor de la

Nación, habían sido abandonados en su explotación durante un tiempo superior a los diez años y muchos a 12 años y que aquellos que presentaban vestigios de explotación ésta estaba siendo adelantada por terceros que no reconocían dominio ajeno; en consecuencia, el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, no podía hacer legalmente otra cosa que decretar la mencionada extinción en obediencia a los mandatos contenidos en los artículos 6o. Inciso 1o. de la Ley 200 de 1936, modificado por el artículo 3o. de la ley 4a. de 1973, 26 concordantes de la Ley 135 de 1961, lo de 1968 y 4a. de 1973; 1o. y 6o. del Decreto 1577 de 1974, para lo cual cumplió fielmente los procedimientos en el Decreto 1577 de 1974 como está probado en el trámite administrativo de cuyo expediente obra coias (sic) en los anexos 2,3 y 4 del expediente de este proceso.

“Surtido el trámite administrativo que culminó con la declaratoria de extinción del derecho de dominio de los lotes incultos, el actor por intermedio de apoderado judicial, demanda de esa Honorable Corporación la nulidad de las Resoluciones que así lo determinaron.

“Durante el trámite contencioso el Honorable Consejero rector de este proceso al decretar la práctica de inspección judicial, pedida como prueba en la demanda, no tuvo en cuenta que se trataba de un proceso especial regido por normas especiales y que para este caso debía de haber observado lo ordenado por el Parágrafo de los artículos 24 de la Ley 135 de 1961 y 14 del Decreto 1577 de 1974, y en su lugar designó los peritos de la lista de auxiliares del Consejo de Estado como si se tratara de otra clase de proceso.

“Por lo anterior y antes de que se practicara la diligencia, informé al Honorable Despacho el error en que se había incurrido, lo cual originó que con muy buen criterio y en aras de aplicar una recta justicia la Honorable Sala Unitaria revocó el auto en la parte correspondiente y dispuso designar los peritos en la forma prevista por las normas especiales (Ley 135 de 1961, Parágrafo del artículo 24 y Decreto 1577 de 1974, artículo 14 numeral 1o.).

“El apoderado del actor interpuso de súplica contra el auto que había corregido el error, recurso que inexplicablemente fue resuelto favorablemente para el actor y por lo tanto se decretó nombrar los peritos de la lista de auxiliares de la justicia del Honorable Consejo de Estado, violando flagrantemente las normas que indican como y quienes deben ser designados como peritos en esta clase de procesos (Parágrafo del artículo 24 de la ley 135 de 1961 y numeral 1o. del artículo 14 del Decreto 1577 de 1974).

“Debe observarse que de los tres Consejeros que resolvieron el recurso, sólo dos estuvieron de acuerdo en designar los peritos por fuera de la

norma especial, por cuanto el Honorable Consejero doctor CARLOS BETANCUR JARAMILLO, mediante escrito que obra a folios 72 y 73 del cuaderno No. 2 del expediente de este proceso, salvó su voto, en el que sienta su criterio respecto a la obligación que existe de aplicar las normas especiales que rigen cada procedimiento como en el *sub-lite*.

“Así las cosas se ordenó practicar la diligencia de inspección judicial al predio, con participación de peritos nombrados de la lista de Auxiliares de la Justicia del Honorable Consejo de Estado, en contra como ya anoté de los mandatos legales y procedimentales antes anotados.

“Por lo anterior, ruego a los Honorables Consejeros no tener en cuenta la prueba producto de esta irregularidad, es decir el dictamen, aclaración y complementación del mismo que obran en el anexo No. 1 y en los folios 196 del cuaderno 2 del expediente de este proceso, en razón a que la designación de los peritos desobedeciendo las normas especiales contenidas en el Parágrafo del artículo 24 de la Ley 135 de 1961 y numeral 1o., artículo 14 del Decreto 1577 de 1974, es a todas luces ilegal, así la designación haya sido hecha por la “Sala Plena” (Dos Consejeros) de la Sección Tercera de esa Superioridad, lo cual repito no le da validez a un auto contrario a la ley.

“En el remoto caso de que el Honorable Consejero rector de este proceso y la Honorable Sala que lo asiste decidieran no desconocer la aludida prueba y si en gracia de discusión pretendiera tenerla en cuenta para decidir en el fondo sobre este proceso, respetuosamente le solicito a los Honorables Consejeros observar lo siguiente:

“2.3.5.5. El artículo 27 de la Ley 135 de 1961 en concordancia con el artículo 24 del Decreto 1577 de 1974, preceptúa: INSPECCION OCULAR EN EL PROCESO DE REVISION. En los procesos de revisión que se sigan ante el Consejo de Estado, *la inspección ocular que se practique sólo estará encaminada a verificar el estado de explotación que existía a la fecha de la diligencia de inspección ocular practicada por el Instituto sobre el predio (subrayo).*

“En el presente caso si analizamos el dictamen pericial que obra como anexo No. 1 del expediente, observamos que los peritos hacen un informe sobre las condiciones Meteorológicas agrológicas y situación actual de los predios que conforman la HACIENDA CAPRI, esto es, que su experticio no cumple las exigencias de los artículos 27 de la ley 135 de 1961 del Decreto 1577 antes citados; razón por la cual tanto el apoderado de los propietarios como el suscrito, solicitamos la aclaración y complementación correspondientes.

“El Honorable Despacho mediante auto del 20 de septiembre de 1988 (folio 181 del cuaderno No. 2 del expediente de este proceso), accede

a la complementación del dictamen y señala a los peritos el término de diez (10) días para su ejecución y presentación, auto que fue notificado por. Estado del día 27 de septiembre del mismo año, pero los peritos sólo cumplieron lo ordenado el 6 de octubre de 1989 (folios 191 y siguientes del cuaderno No. 2), es decir, pasado un año del tiempo que tenían para hacerlo; lo cual quiere decir que al haber presentado la claración (sic) y complementación por fuera del término, perdieron competencia para ello, por lo tanto dicha aclaración y complementación carece de valor probatorio.

"2.3.5.6. No obstante la observación que se hace a la aclaración y complementación del dictamen, se le quiere analizar en el proceso, es preciso tener en cuenta que en el capítulo RESUMEN (folios 194 y 195 del cuaderno No. 2) se informa: "... e) El estado de los inmuebles en los cinco años anteriores al 10 de junio de 1986, es el descrito antes o sea: 1. Area explotada en agosto de 1982: 68.875 hectáreas. 2. Area no susceptible (sic) de explotación en ninguna época 267.2 hectáreas. 3. *Area explotada desde marzo o abril de 1983, el resto de los predios que conforman la HACIENDA CAPRI.* (subrayo).

"Del resumen anotado se deduce a) Que al mes de agosto de 1982, fecha de la visita de inspección ocular practicada dentro del procedimiento administrativo sólo se tuvieron como explotadas 68.875 hectáreas, bien porque tenían explotaciones adelantadas por terceros que reconocían dominio ajeno o porque se requerían como complemento de estas o porque eran necesarias para la preservación de los recursos naturales renovables; esta extensión corresponde a 40 hectáreas del predio EL BATAN, 4 hectáreas del predio EL BATAN lote pequeño y 24.875 hectáreas de parte del predio EL MORAL - EL PORVENIR-EL ENGAÑO, superficies sobre las cuales no se declaró la extinción. b) Que el resto de los predios en una extensión aproximada de setecientos setenta y una (771.0) hectáreas menos las que se consideren inexplotadas tan solo se encontraron que habían sido explotadas a partir de marzo o abril de 1983; esto es, que su explotación se efectuó después de 8 meses de haber sido practicada la inspección ocular dentro del trámite administrativo y como de acuerdo a los artículos 27 de la ley 135 de 1961, 25 del Decreto 1577 de 1974, la inspección que se practique dentro del proceso de revisión sólo debe encaminarse a verificar el grado de explotación que existía a la fecha de la diligencia de Inspección Ocular practicada por el Instituto, se deduce claramente que el estado de inexplotación encontrado por los peritos en la inspección judicial que se practicó dentro de este proceso de revisión referida a agosto de 1982 es el mismo al que presentaban los inmuebles a dicha fecha cuando el INCORA con intervención de peritos practicó la inspección y de cuyo resultado se tomó la decisión de extinguir el dominio sobre los predios que se comprobó inexplotación por un lapso superior

a tres años (artículo 6o. de la Ley 200 de 1936, modificado por el artículo 3o. de la Ley 4a. de 1973), con lo cual se prueba una vez más la legalidad de las resoluciones demandadas en este proceso.

“2.3.5.7. En lo que hace relación a lo anotado en la aclaración y complementación del dictamen pericial sobre la unidad de explotación de los predios, la inspección judicial practicada por el Juzgado Promiscuo Municipal de San Juan de Río Seco, la condición de inexplotabilidad de los predios, conservación de los recursos naturales, conviene manifestarle a los Honorables Consejeros que estos aspectos fueron debatidos y analizados tanto en la resolución 3363 del 10 de julio de 1986 que declaró la extinción como en la 0536 del 4 de febrero de 1987 que resolvió el recurso contra la primera, razón por la cual no considero necesario referirme a los mismos argumentos en este escrito. Las resoluciones aquí citadas y que son el objeto del presente proceso fueron expedidas por la Gerencia General de la entidad que represento, copia auténtica de ellas obra a folios 27 a 60 y 17 a 24 respectivamente del cuaderno No. 1 del expediente.

“3. PETICIONES DE LA ENTIDAD DEMANDA. (sic).

“Son los argumentos de hecho y de derecho expuestos en este memorial de Alegato de Conclusión y en el de contestación de la demanda en los que me fundamentó para reiterarle al Honorable Consejero rector de este proceso y a la respetable Sala que lo asiste mi comedida petición de que se denieguen las súplicas de la demanda instaurada (sic) en este proceso tendiente a obtener la nulidad de las Resoluciones 3363 y 051 del 10 de julio de 1986 y 0536 y 012 del 4 de febrero de 1987, proferidas por la Gerencia General y Junta Directiva del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, y declarar que estas providencias se encuentran en un todo ajustadas a la ley”. (fls. 112 – 123 Cdo. No. 1).

– IV –

VISTA FISCAL

La Fiscal Segunda de la Corporación, Dra. EDNE COHEN DAZA, en su concepto de fondo OBSERVA:

“Estudiando el expediente esta Agencia del Ministerio Público se permite observa lo siguiente:

“Uno de los cargos que se formulan en la demanda, consiste en afirmar que la Dirección Regional del Proyecto Cundinamarca y Boyacá, no tenía competencia para resolver el recurso de reposición interpuesto

contra el acto que ordenó adelantar las diligencias de extinción del dominio.

“En primer lugar, este cargo va dirigido contra el acto administrativo con que se inició el procedimiento de extinción, más no contra el acto administrativo demandado.

“En segundo lugar, aún en la hipótesis de considerar el cargo, éste no prospera por las razones que en su oportunidad expuso la Administración y que este despacho comparte plenamente.

“a) La Resolución No. 01072 de marzo de 1980: en su ordinal 2), literal A., de su artículo 1o., delega a las Regionales la siguiente facultad:

“La de expedir las Resoluciones por medio de las cuales se inicie el procedimiento encaminado a determinar si, conforme a la Ley, se debe extinguir o no, en todo o en parte, el derecho de dominio privado sobre un predio y la de adelantar el procedimiento pertinente; igualmente, la de hacer la declaración a que se refiere el Parágrafo del Artículo 9o. del decreto 1577 de 1974. Esta delegación no comprende la de expedir la Resolución que decide el fondo del procedimiento de extinción”.

“Es de observarse que fue con base en estas facultades, que la Gerencia Regional Cundinamarca No. 1, Boyacá, profirió su Resolución No. 0451 de 27 de agosto de 1980 (folios 27-34), que ordenó iniciar el presente procedimiento de Extinción del Dominio Privado sobre el predio HACIENDA CAPRI.

“b) Posteriormente, cuando ya había interpuesto el apoderado del propietario del predio el recurso de reposición contra aquella Resolución 0451/80 y estando pendiente de su decisión (recurso presentado el día 17 de marzo de 1981, folios 50 a 52) por parte de la Regional, entra en vigencia el día 10 de Agosto de 1981 la Resolución 03676 de esa fecha, por medio de la cual esta Gerencia General delega en los Directores Regionales de Proyectos funciones de carácter jurídico, habiendo delegado en su numeral 2o., de su artículo 1o., la siguiente función:

“La de adelantar el procedimiento encaminado a determinar si conforme a la Ley, procede o no la declaratoria de extinción del *dominio privado sobre un predio, cuya iniciación hubiere ordenado la Gerencia General*. Esta delegación no comprende la de expedir la Resolución que decide de fondo el procedimiento de extinción de dominio”.

“Como se observa, la única facultad o competencia que para casos futuros se reservó esta Gerencia General con la Resolución 03676

citada, que en este asunto es la misma 03743 vigente, es la de expedir la Resolución que ordena iniciar el procedimiento de extinción del dominio privado, pues las Regionales siguen conservando su facultad que ya tenían para adelantar el procedimiento de extinción hasta colocarlos en estado de decisión de fondo, la cual toma esta Gerencia.

“c) Cuatro días después, esta Gerencia General profiere su Resolución No. 03743 de agosto 14 de 1981, con la cual vuelve a delegar funciones jurídicas a las Regionales del Instituto, y en esta oportunidad, de modo expreso, en el numeral 9o. del literal A., del artículo 1o. de dicha resolución, delega la de:

“Adelantar el procedimiento encaminado a determinar si conforme a la Ley, procede o no la declaratoria de extinción del dominio privado sobre un predio, cuya iniciación hubiere ordenado la Gerencia General. Esta delegación no comprende expedir la Resolución que decide de fondo el procedimiento de extinción de dominio”.

“Como se observa, esta Resolución, no cambia en nada la competencia de las Gerencias Regionales que antes tenían en virtud de la 03676, la cual fuera derogada por mandato expreso del artículo 3o. de la 03743, que es la que actualmente está vigente en materia de delegación de funciones y de competencia de las Regionales ...”

“Son incluso los Estatutos del INCORA, redactados por medio del Decreto 3337 de 1961, los que autorizan al Despacho para remitirse a las normas generales del procedimiento gubernativo, cuando el caso que se debate no está previsto de modo especial en ningún acto reglamentario del Instituto. El artículo 48, de dichos Estatutos, reza textualmente:

“**TRAMITE ADMINISTRATIVO.** En todo lo no previsto en la Ley 135 de 1961, y sus decretos reglamentarios o en leyes especiales en relación con la tramitación administrativa de los negocios de que conoce el Instituto, notificaciones de las providencias que dicte y ejecutoria de las mismas, se aplicarán las reglas generales que regulen el procedimiento gubernativo”.

Resta agregar que nuestro Código Civil, en sus artículos 26 y siguientes, también autoriza a los funcionarios públicos la interpretación doctrinal de la Ley en busca de su verdadero sentido que debe aplicar al caso concreto de decisión.

“Pues bien, hallamos en el decreto 2733/59, que regula esta actividad procedimental de la Administración, la disposición contenida en su artículo 13, que se considera aplicable al caso que se debate. Dice esta disposición textualmente:

“Salvo disposición especial en contrario, por la vía gubernativa proceden los siguientes recursos en los asuntos administrativos de carácter nacional: 1o.) *El de reposición, ante el mismo funcionario administrativo que pronunció la providencia, para que se aclare, modifique o revoque.* 2o.) El de apelación, ante el inmediato superior, con el mismo objeto”.

“Esta normativa general de procedimiento nos enseña, a través de la disposición citada, que el recurso lo resuelve la misma dependencia que profirió el acto materia de tal recurso y que, para el caso que nos ocupa, es la Gerencia Regional Cundinamarca No. 1 — Boyacá, de este Instituto, la que debió, como lo hizo resolver el recurso de reposición que fuera interpuesto por el apoderado del propietario contra su Resolución número 00451 de agosto 27 de 1980 (fls. 27-34), que ordenó iniciar las presentes diligencias”. “... En el derecho Colombiano el efecto general inmediato de las Leyes procesales, con las excepciones o limitaciones que buscan dar estabilidad al orden jurídico, que adelante se estudiarán, está normado en el art. 40 de la Ley 153 de 1887, en el actual Código de Procedimiento Civil, artículo 699. El artículo 40 de la precitada Ley, así dice: “Las Leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir. *Pero los términos que hubiere empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la Ley vigente al tiempo de su iniciación*”.

“Como la Ley no precisó qué se quiso decir con las expresiones en ella usadas de, “actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas”, el legislador se vio forzado a aclarar su significado en el texto del artículo 1.228 del Código Judicial de 1931 (Ley 105), hoy derogado por el artículo 699 del actual Código de Procedimiento Civil, que textualmente reza: “En los procesos iniciados antes, los *recursos interpuestos*, la práctica de las pruebas decretadas, los términos que hubieren comenzado a correr, los incidentes en curso, y las notificaciones que se estén surtiendo, *se regirán por las leyes vigentes, cuando se interpuso el recurso*, se decretaron las pruebas, empezó a correr el término, se promovió el incidente o principió a surtirse la notificación”.

“... En suma, nuestra legislación positiva Colombiana, nos enseña que un proceso en curso o en trámite se regula no por la Ley antigua, que venía regulándolo sino por la Ley nueva, que entra a regularlo, la que por virtud de su efecto inmediato, se aplica al proceso desde el mismo momento en que entra a regir, dejando a salvo esta ley nueva, la actuación del proceso antiguo que la misma ley le señala, y que no es otra que la que está representada por las excepciones que atrás quedaron consignadas.

“En el caso que se debate, es natural asumir que como la Resolución 03743/81, entró en vigencia cuando el presente trámite de extinción del dominio ya estaba en curso, esta Resolución entra a regular los actos de la Regional Cundinamarca No. 1 — Boyacá, a partir de la etapa probatoria de este procedimiento y deja a salvo, por lo tanto, produciendo todos sus efectos legales, la anterior actuación concerniente a la interposición y decisión del recurso de reposición interpuesto contra la Resolución 00451/80, con la cual había ordenado iniciarlo y que con dicha decisión ordenó tener en firme esa Resolución inicial y prosecución del procedimiento, el que hoy se halla en estado avanzado de su etapa probatoria.

“La interpretación que acaba de hacerse está conforme con los lineamientos que al intérprete le traza el artículo 4o. del Código de Procedimiento Civil, en cuanto tal exégesis acata la efectividad de los derechos reconocidos en la ley sustancial, observa las reglas de la equidad natural y no vulnera el derecho de defensa de los interesados en el presente procedimiento. Tiénese entonces de esta interpretación que la Resolución 03743, con la cual esta Gerencia General delegó funciones de carácter jurídico a las Regionales del Incora, habiéndose reservado solo esta Gerencia en el procedimiento de extinción del dominio privado, las facultades de proferir las Resoluciones de iniciarlo y de terminarlo, y derogar así las Resoluciones 03676 de agosto 10 del mismo año y la No. 01072 de marzo 25 de 1980, tal Resolución 03743 no puede ser retroactiva y debe aplicarse al presente procedimiento de extinción del dominio de LA HACIENDA CAPRI, desde el momento en que ella entró a regir el 14 de agosto de 1981, dejando a salvo en el procedimiento la actuación iniciada por la Regional Cundinamarca No. 1 — Boyacá, dentro de la cual se hace comprender tanto su Resolución No. 00451 de agosto 27 de 1980, con la cual dispuso iniciar el presente procedimiento de extinción, como su decisión del recurso de reposición que contra esta providencia inicial interpusiera oportunamente el señor apoderado del propietario el día 17 de marzo de 1981, decisión que dicha Regional adoptará mediante auto de abril 20 de 1982, visto a folios 117 a 126 del expediente. Pues, es claro que esta etapa de la interposición de los recursos contra la providencia inicial dictada por esa Regional ya se había iniciado en aquella dependencia administrativa, y el efecto de aplicación inmediata de la Ley, producido por entrar en vigencia la Resolución No. 03676 y luego la 03743, solo puede aplicarse en el procedimiento para la siguiente actuación o etapa de decreto y práctica de pruebas, etapa ésta para cuyo adelantamiento también estaba y está facultada dicha Regional en virtud de estas últimas Resoluciones, que reprodujeron tal facultad que ya le había concedido la derogada Resolución 01072 de marzo 25 de 1980”. (fls. Anexo No. 2 fls. 4, 5, 10, 11, 12). (Sic.).

SECCION TERCERA

“Se dice también en la demanda, que durante el trámite de expropiación, se omitió una etapa fundamental del procedimiento, como es la contradicción del dictámen pericial. Los interesados, en tiempo oportuno objetaron el dictamen pericial por error grave y solicitaron también aclaración y complementación del mismo, pero el INCORA ignoró esas peticiones y se abstuvo de darles el trámite correspondiente previsto en los arts. 238 del C.P.C. y art. 14 del Decreto 1577 de 1974.

“La anterior afirmación que hace la parte Actora no se ajusta a la verdad, pues el INCORA si tuvo en cuenta la objeción del dictamen y la solicitud de aclaración formulada por la parte interesada, aunque para negarlas. Lo anterior no indica que ignoró las solicitudes, como érroneamente dice el Actor, sino que decidió de manera adversa a sus pretensiones.

“Así se puede constatar en providencia de noviembre 14 de 1984 del Gerente Regional de Cundinamarca que aparece en el Anexo No. 3.

“En apartes de esa providencia se lee:

“En diligencias realizadas a partir del 24 de agosto de 1982, en la inspección ocular como en el dictamen que obra a folio 183 y siguientes del expediente, se observa que el funcionario dio cumplimiento al parágrafo del Artículo 22 del decreto 1577 de 1974 interrogando si reconocían o no dominio, procediendo a plasmar en el escrito de la diligencia la situación por ellos manifestada, teniendo de presente el principio de la buena fe, que por derecho se presume.

“En cuanto a las declaraciones solicitadas en virtud de las contradicciones alegadas, no son de recibo por parte de este Despacho puesto que si anteriormente pagaban arriendo a un propietario conocido hasta el 22 de abril de 1976, fecha en que este vendió al FONDO, circunstancia que los ocupantes desconocían desde dicha fecha hasta la actual, es que se presume no reconocen dominio de propietario alguno, debido a la mutación de propiedad y a la carencia de actos de señor y dueño por parte del fondo ...

“En relación con el predio CAPRI, de 57 hectáreas, el dictamen habla de la existencia de 5 vacunos de propiedad de la señora ROSA MARIA ORTIZ DE DIAZ, quien no paga cantidad alguna por el pastaje, dejándose constancia además de las construcciones y anexos de propiedad del FONDO, determinándose un área de 40% no susceptible de explotación y considerándose zona protectora del suelo.

“En cuanto al predio EL PARAISO, el dictamen consideró dos zonas, una con topografía quebrada y que soporta pendiente entre el 30%

y 40% determinándose no apta para explotación agrícola y considerándola como susceptible de reforestación para protección de suelos; y otra que tiene topografía ondulada con pendientes entre 7% y 25% se dijo que era apto para explotación ganadera, soportando una cabeza por hectárea, para lo cual se habló de los potreros el espejo, el descanso y mata de guadua, y la ceiba, determinándose el espejo en la ... (ilegible en el texto).

“En lo que respecta a declaraciones no suscritas por los ocupantes del predio se observa en el desarrollo del acta de diligencia de inspección ocular que aparecen firmando ANTONIO MARIA DOMINGUEZ, ROSA MARIA ORTIZ DE DIAZ, IGNACIO MARTINEZ GUTIERREZ, LIBER ANTONIO ROJAS, HUGO ROJAS, PEDRO ANTONIO TORRES, MARIA ELVIRA ORTIZ DE BARRAGAN (a ruego), EDILBERTO ROJAS, JAIRO ROJAS, CARLOS ARTURO TORRES y LUIS ENRIQUE CRUZ y MANUEL HORTENCIO TUNJANO (fls. 192, 195, 203 y 203 vuelto).

“Sobre la conformación topográfica se dejó constancia en el dictamen, así como de las pendientes que soporta individualmente cada predio y su aptitud productiva o no, teniendo en cuenta la presencia o ausencia de agua.

“En cuanto a la solicitud de que en caso de aceptarse *la objeción* (se subraya) se señale nueva fecha para efectuar diligencia de ampliación y aclaración, a fin de establecer puntos que formula el apoderado, prevé el Artículo 14 del decreto 1577, en su numeral 5o., que el dictamen se pondrá en conocimiento del propietario y del Ministerio Público por el término de tres (3) días, dentro de los cuales pueden solicitar que se complemente o aclare (sic).

“De lo cual se dolige (sic), que la Ley en este procedimiento especial, no cobija la objeción del dictamen, y debe tenerse en cuenta el principio de que cuando el sentido de la Ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espfritu.

“Además el principio del debido proceso, en (sic) una garantía; que consiste en que no puede emplearse un procedimiento diferente al asignado por la Ley en cada caso, y si ello ocurre produce inadecuación del trámite, que constituye excepción previa o causal de nulidad, sin perjuicio del deber que tiene el juez de dar trámite que corresponda, aunque el demandante señale otro (pag. 176, curso de derecho procesal civil, Hernando Morales Molina –Edición 1978)– Conc: Arts. 97-152-86 C.P.C.

“Según nuestra Ley procesal, solo es posible acudir al proceso ordinario cuando aquella no establece para el asunto trámite distinto (Arts.

396-397. C.P.C.), como en este caso que se trata de un procedimiento especial. Por tal circunstancia, este Despacho mediante providencia de marzo 10. ordenó correr traslado del dictamen para que solicitaran complementación o aclaración, sin incluir la objeción por cuanto esta no está consagrada para este trámite.

“En cuanto a la petición de nulidad de la diligencia de inspección ocular invocando los Artículos 246 numeral 2o. y 3o., que establecen que el funcionario comisionado *podrá* (subraya el Despacho) de oficio o a petición de parte recibir documentos y declaraciones de testigos siempre que unos y otros se refieran a hechos de la misma, y Artículos 227 y 228 del C.P.C. que tratan de las formalidades para el interrogatorio y práctica de él, para solicitar se de aplicación al 152 numeral 4o. de la misma obra, vemos que ello no es procedente por cuanto si el párrafo del artículo 22 del decreto 1577 del 1974 habla del interrogatorio para determinar si reconocen o no dominio, constancia sobre extensión explotada, ubicación del predio, cultivos que se adelantan, fecha desde la cual adelantan esta explotación, ello se plasmó en el acta de inspección ocular, además, es un acto discrecional del funcionario que preside la diligencia, y no un imperativo, de lo cual se colige que se dio el trámite establecido para este tipo de diligencias ...”

“El demandante insiste en sostener, que al dictamen pericial practicado durante el trámite administrativo seguido ante el INCORA, le son aplicables las normas del Código Civil. El INCORA, como ya se transcribió, considera que en materia agraria existen normas especiales que son de aplicación preferencial.

“Sobre este mismo aspecto se pronunció el Consejero conductor del proceso en providencia de marzo 10 de 1988 (fl. 23 y ss. C - 2).

“Se concluye de lo expuesto anteriormente, que la Administración obró acertadamente cuando decidió lo relativo a la aclaración y objeción del dictamen pericial. En consecuencia, el cargo propuesto no puede prosperar.

“En relación con la explotación del predio, es de observarse que ella se debe referir a la época en que se realizó la diligencia administrativa que sirvió de fundamento para declarar la extinción del derecho de dominio. Este punto de la Resolución demandada, no fue desvirtuado en el proceso, pues el Actor no pudo demostrar que a la fecha de la diligencia administrativa practicada por el INCORA el predio hubiera estado explotado adecuadamente.

“Por lo expuesto, esta Fiscalía se permite solicitar a la Sala, se nieguen las súplicas de la demanda”. (fls. 125 a 135 Cdno. No. 1). (Subrayas de la Sala).

- V -

CONSIDERACIONES DE LA SALA

A) Dentro del proceso se demostraron, en legal forma, las siguientes circunstancias particulares del caso:

PRIMERA: Que por medio de la Resolución Nro. 000451 de 27 de agosto de 1980, el Director Regional del Proyecto Cundinamarca No. 1 y Boyacá, del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, en ejercicio de las funciones que a éste corresponde, en virtud de lo dispuesto en las leyes 200 de 1936, 135 de 1961, 1a. de 1968, 4a. de 1973 y el Decreto 1577 de 1974, cuyo ejercicio le fue delegado por la Gerencia General, al tenor de la Resolución No. 01072 de 25 de marzo de 1980, *ordenó INICIAR LAS DILIGENCIAS O PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO*, tendiente a establecer si conforme a las disposiciones legales, procedía o no declarar extinguido el derecho de dominio privado sobre parte del predio rural conformado por los lotes BUENAVISTA, LA ESPERANZA, CAPRI, VERSALLES, EL BATAN, SAN VICENTE, LA TIGRERA, EL PARAISO, EL BATAN, EL MORAL, EL PORVENIR-EL ENGAÑO y SAN VICENTE-EL BATAN, ubicados en la Vereda de San Nicolás, jurisdicción del Municipio de San Juan de Río Seco, Departamento de Cundinamarca, ordenando vincular al FONDO DE EMPLEADOS DE BAVARIA S.M., a través de su representante convencional, quien figura como propietario del inmueble. Dispuso, igualmente, que la citada Resolución se inscribiera en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos del Circuito de Facatativá, para que en los términos del artículo 10 del Decreto 1577 de 1974, el acto administrativo tuviera publicidad FRENTE A TERCEROS (*Cuaderno Nro. 3 bis, fol 2*).

SEGUNDA: Que durante los días 24 a 27 de agosto de 1982, se practicó la diligencia de Inspección Judicial, en asocio de peritos, en la cual intervinieron el Doctor MANUEL GALINDO ARGÜELLO comisionado por el Instituto para presidir y practicar la diligencia, el apoderado del propietario del inmueble, el topógrafo del Incora y el Procurador Agrario, habiéndose levantado el acta correspondiente, en la cual, y en lo pertinente, se registraron los siguientes hechos:

1o.) **LOTE O PREDIO LA TIGRERA.** "Este lote se le calcula un área aproximadamente 9 hectáreas, y está cercado perimetralmente en parte con alampúas (sic), en regular estado de conservación. Este lote no tiene aguas y sirve más bien de servidumbre de entrada a la finca. Su topografía es quebrada con poca extensión plana. Ocupantes: no hay establecidos ocupantes distintos del propietario sobre este lote, ni a título de colonos ni arrendatarios. De la explotación económica; *no existe ninguna*, solo se observaron rastros con edades, sin perjuicio del dictamen que rendirán los peritos, superiores a seis (6) años de antigüedad". (Subrayas de la Sala).

2o.) **LOTE EL BATAN.** "Aguas solamente tiene las de la quebrada Las Lajas y de Cape, que le sirven de linderos, aguas que no son permanentes, pues se secan en verano. Su topografía es quebrada. Vegetación es arbustiva con especies propias de la región y no maderables como Guácimo, Gualanday, Congo, Fandoque y Guadua, etc. **OCUPANTES.** Dentro de este lote se halló el señor **IGNACIO MARTINEZ GUTIERREZ** quien manifestó: "... Soy colono dentro de dicho lote, esto es, que hace 14 meses viene ocupando este lote y adelantando sobre él roserías y pastos para ganado y preparando tierras para cultivos, mejoras que en efecto observó el suscrito abogado, *ocupando una extensión aproximada de 50 hectáreas*, **QUE ES LA EXTENSION TOTAL DEL LOTE ...** Ganados se observaron dos cabezas vacunas cebú, sin marca aparente en buen estado de conservación y sanidad. Además, un mular. Igualmente hay 6 cabezas vacunas que pastan en este lote y que el señor Martínez recibe a pasto. En total 9 cabezas. **EXPLOTACION ECONOMICA: POR PARTE DEL PROPIETARIO NO EXISTE**, o no se adelanta ninguna". (Subrayas de la Sala).

3o.) **LOTE EL BATAN (pequeño).** "Tiene un área de aproximadamente dos (2) hectáreas, cercado por la orilla del camino real en alampúas, propiedad de **JOSE IGNACIO MARTINEZ**, su ocupante, como se verá. Topografía, es quebrada principalmente. Aguas: tiene la quebrada El Batán que le sirve de lindero y cuyas aguas se mantienen permanente. Vegetación: no tiene porque está rozado y limpio. **OCUPANTES: Está ocupándolo en su totalidad** el anteriormente citado **JOSE IGNACIO MARTINEZ GUTIERREZ**, desde hace 14 meses, sin reconocimiento de dominio del propietario. ... **EXPLOTACION ECONOMICA: por parte del propietario no se adelanta ninguna desde hace ya más de seis (6) años**, salvo concepto de los señores peritos. ..." (Subrayas de la Sala).

4o.) **LOTE BUENAVISTA.** "Está ubicado en el camino real a Michú, parte occidental de la hacienda. Aguas: tiene las dos quebradas El Batán y el Madroño, que le sirven de linderos y cuyas aguas se secan en verano. Su vegetación es arbustiva sobre todo en las quebradas y le sirven de reserva estas especies ya se conocen anteriormente y no son maderables. Topografía: es principalmente ondulado y quebrado. **EXPLOTACION ECONOMICA: no se adelanta ninguna por el propietario ni por ocupantes desde hace más de seis (6) años, hechos que se deducen por los rastros de esta edad.** Area total: 2 Hts" (subrayas de la Sala).

5o.) **LOTE CAPRI.** "El área, se estima en aproximadamente 120 hectáreas. Este lote está cercado en parte por el camino real a Michú, y le hace falta portón de entrada que no tiene cercado, además, parte de esta cerca está caída, internamente, es decir, por los demás costados tiene cercas de alampúas a tres hilos, **REGULAR ESTADO DE CONSERVACION.** Aguas: tiene la de la quebrada El Batán, la cual es permanente, y es la principal fuente de agua de la hacienda, pues de esta también toman para el consumo.

Vegetación: es arbustiva y solo existe sobre la cañada, las especies que ya se conocen. Dentro de este lote es que está la casa principal de la hacienda, que consiste en una casa en piso de cemento, paredes de bahareque y techo de zinc, con tres habitaciones, un baño con pozo séptico y sin uso y deteriorado, así como un tanque de cemento o piscina sin uso y un lavadero de ropas, todo en regular estado de conservación. Además, hay otra casa, piso en tierra, paredes de bahareque y techo de zinc, que sirve de vivienda al cuidadero, en regular estado. Hay un corral en piedra que rodea la casa, semidestruido, no se observó mas edificaciones, como cultivo de pancoger se halló media hectárea aproximadamente en plátano y yuca y unas matas de café, aniquiladas por el verano. Ganados: en este lote, se observó pastar ... un número de 20 cabezas vacunas clase criollo y cebú, que no son propiedad de la hacienda o del propietario, sino de personas vecinas de la región que temporalmente las dejan pastar en este lote por cuanto las cercas están caídas, este pastoreo es temporal ya que los dueños de los ganados lo retirarán cuando les conviene. *Por parte de la hacienda no hay propiedad de ninguna cabeza de ganado visto pastar allí.* Cultivos de pastos artificiales no hay. *OCUPANTES: distintos del propietario tampoco se halló en el predio, excepción hecha de las personas que temporalmente pastan sus ganados allí, pero que no tienen residencia ni mejora alguna dentro del terreno. No se demostró por el propietario que este tenga ningún contrato de pastos o pastaje con los dueños de este ganado.* Topografía: es quebrada. *EXPLOTACION ECONOMICA: Por parte del propietario no se adelanta ninguna desde hace ya más de seis (6) años, hecho que se deduce de la edad de los rastrojos observados ...* En este estado de la diligencia se hizo presente la señora ROSA MARIA ORTIZ DE DIAZ ... y manifestó al suscrito abogado que ella pasta sus ganados particularmente sobre este lote en número de cinco (5) cabezas vacunas clase criollo y cebú, desde hace ya más de cinco años y no reconoce pastaje alguno por ello. Este ganado lo observó el suscrito abogado pastar en el predio como dice la citada señora". (Subrayas de la Sala).

6o.) **LOTE VERSALLES.** "Área: es de aproximadamente doce (12) hectáreas, está cercado perimetralmente con alampúas, las cuales están semidestruidas en la región del camino real a Michú, por donde entran ganados de vecinos a pastar al predio. Aguas: tiene las de la quebrada "San Nicolás", que le sirve de lindero por el costado sur, aguas que son veraneras. Vegetación: muy escasa y se ubica en las márgenes de la quebrada, sus especies ya fueron conocidas anteriormente, **TOPOGRAFIA:** es quebrada y ondulada en su parte central y norte ... **OCUPANTES.** Distinto del propietario, se halló el señor ANTONIO MARIA DOMINGUEZ ... él expresó los siguientes datos: área ocupada: tiene una parcela de aproximadamente dos hectáreas, cercadas en alampúas ... Cultivos y explotación: tiene plátano, yuca, maíz y caña de azúcar en toda la extensión. Tiempo de posesión: hace 7 años que trabaja esta parcela por su propia cuenta y riesgo y entró porque estaba anadonado (sic), según él mismo lo manifestó ... no reconoce dominio del propietario ni

tiene con este ningún contrato. **DE LA EXPLOTACION ECONOMICA DEL PREDIO O LOTE VERSALLES.** *Por parte del propietario no se adelanta ninguna actividad de explotación económica de carácter regular o permanente o estable, hecho que se dedujo de la edad de los rastrojos existentes los cuales superan la edad de los seis años ...* (Subrayas de la Sala).

7o.) **LOTE EL PARAISO.** "Aguas: cuenta con las de las quebradas El Batán y el Cape y el Espino, de las cuales son permanentes las del Batán, que le sirven de linderos. Topografía: tiene dos sectores, la parte quebrada que es la del potrero El Espejo, y la parte hacia el Rioseco que es ondulada con la presencia de algunas lomas ... Vegetación: aunque escasa, la que más abunda es hacia las quebradas con especies que son propias de la región, tales como Trompillo, Aromo, Jobo, Guácimo, Jagua, Palma, Michú, y otras de la región, como caucho, bambuca, etc.; pero no son maderables. **OCUPANTES:** Se halló el señor ... **IGNACIO MARTINEZ GUTIERREZ ... este señor, se halló ocupando un área aproximadamente 50 hectáreas, que corresponden al potrero conocido como El Espejo, cercadas en alampúas a tres y cuatro hilos. De esta área, aproximadamente se halló 25 hectáreas quemadas y sin cultivo alguno, y la demás área se ha practicado limpias de potreros que están regados de pasto artificial Faragua por partes. Manifestó el señor Martínez, que hace 14 meses se hallaba en posesión de la parcela, e interrogado también manifestó no reconocer dominio de esas mejoras al propietario ... Dentro de este lote El Paraíso, no se halló ningún otro ocupante.** **DE LA EXPLOTACION ECONOMICA:** Dentro del lote el Paraíso, no se halló que el propietario adelantara ninguna clase de explotación económica desde hace ya más de seis (6) años atrás a la fecha de la presente diligencia. Pues recorrido los potreros de El Descanso, Mata de Guadua y la Ceiba, que junto con el de El Espejo forman este lote, sólo se halló rastrojeras con la edad de más de seis (6) años anotada, dentro de tales rastrojeras compuestas de Mosquero, Huevo negro, Carrasposa, Mayorquín, etc., por debajo de estas malezas, se hallaron especies agotadas, dando muestras de que en algún tiempo atrás mayor de seis años se pastoreaban (sic) ganados y se mantenían, pero en la actualidad, esto o esta actividad está totalmente en abandono. También se observó que en el potrero citado de La Ceiba, se halló que éste estaba totalmente quemado desde hace unos quince días, pero esta quema no obedece a ningún cultivo de preparación de las tierras, sino que fue accidental y según manifestaciones del Administrador de la Hacienda, Señor Angel Antonio Carrera ... Ganados dentro de este lote no se halló ninguna cabeza de ninguna clase, solo se encontró un vestigio de bañadera hecha en cemento y teja postiza de Eternit, en mal estado y sin uso desde hace más de ocho años, esta bañadera se usaba para ganado en alguna época anterior al tiempo antes señalado. *El área del Lote es de 192 Hts., aproximadamente,*"; (Subrayas de la Sala).

8o.) **LOTE SAN VICENTE.** "Tiene un área aproximada de 9 hectáreas, cercado perimetralmente en parte, con alampúas a 4 y 3 hilos, cercas en regu-

lar estado. AGUAS. Cuenta con las de la Quebrada La Laja, El Capé y Caña Brava, todas aguas veraneras y que le sirven de linderos. TOPOGRAFIA: es principalmente ondulada con presencia de pequeñas lomas. VEGETACION: es escasa y hacia las orillas de las quebradas hay pocos árboles de especies nativas no maderables. OCUPANTES: distintos del propietario no tiene ninguno. *EXPLORACION ECONOMICA: no se adelanta ninguna por parte del propietario, desde hace ya más de seis (6) años atrás a la fecha de esta diligencia. Pues solo se hallaron rastros de las variedades antes anotadas que tenían la edad antes señalada y por debajo de las cuales se notaron manchas de pasto artificial de India y Puntero, completamente sofocadas por la maleza. No se observó ninguna cabeza de ganado de ninguna clase*" (Subrayas de la Sala).

9o.) **LOTE LA ESPERANZA.** "AREA: se estimó en 64 hectáreas aproximadamente. AGUAS: tiene la de los caños Castilla, Caña Brava, y El Espino, cañadas solamente de invierno, TOPOGRAFIA: presenta dos sectores, la parte alta, o de El Palmar, con topografía quebrada, y la parte baja, denominada de el potrero La Esperanza, con topografía ondulada o quebrada. VEGETACION: es muy escasa la existencia de árboles nativos y solo hay pocos a la orilla de las quebradas. No hay árboles cultivados ni bosques artificiales ni maderables, y los árboles son escasos debido a las quemadas intempestivas en la región. CULTIVOS Y GANADERIA: No se halló ningún cultivo ni ganados de ninguna clase, en los dos potreros que conforman el lote denominado El Palmar y La Esperanza, divididos por cercas de alampúas en regular estado. *DE LA EXPLORACION ECONOMICA: Por parte del propietario ni de otra persona, se halló ninguna explotación o actividad económica sobre el predio. Por el contrario, el lote se halló en completo estado de abandono de la explotación desde hace más de seis (6) años atrás a la fecha de esta diligencia. Es de observar que sólo se hallaron pastoreando 6 vacunos clase criollo y cebú, marcados con el hierro C R que por información de vecinos se supo eran de propiedad de Ruben Castiblanco quien temporalmente los echaba a pastar en el predio ... del propietario no se halló ninguna cabeza de ganado. Los rastros sobre el predio superaban la edad de los seis años, como antes se dijo, y por debajo de la maleza se hallaron manchas y sectores de pasto de puntero semilimpio, debido a quemadas no controladas en la región, pero se repite, no se halló ninguna actividad de explotación económica sobre el lote*" (Subrayas de la Sala).

10.) **LOTE O PREDIO "SAN VICENTE-EL BATAN"** "AGUAS: internamente no cuenta con ningunas. Hacia los linderos están las quebradas La Laja y Caña Brava, de aguas permanentes. AREA: tiene aproximadamente 60 hectáreas. TOPOGRAFIA: es en su totalidad fuertemente quebrada, puesto que allí está ubicada la cuchilla de Las Lajas, región muy pedregosa. VEGETACION: escasamente en las orillas de los caños hay contados árboles nativos, cuyos nombres antes se dieron a conocer. OCUPANTES: no existe ninguno distinto del propietario, tampoco hay mejora alguna del propietario,

excepto de cercas perimetrales en alampúas en parte, en regular estado, ... *EXPLOTACION ECONOMICA: no se halló ninguna actividad de explotación económica dentro del mismo y por el estado de la maleza y rastrojos con edades de más de seis (6) años, ... se deduce que desde este tiempo atrás no se adelanta ninguna explotación. Por debajo de la maleza y rastrojeras o montes de Mosquero, Pelá, Espino, Rayadera, Carraspoza, Huevo Negro y Bejuco Morcillo y Panelo, etc., se hallan pastos viejos de Puntero, desprovistos de limpieza y conservación.* "(Subrayas de la Sala).

11.) **LOTE DE EL MORAL-EL PORVENIR-EL ENGAÑO.** "Area. Sumados los potreros de El Engaño, El Medio, La Arenosa, El Porvenir y El Moral, en que está dividido con ... cercas de alambre de púas, en regular estado, este lote es el más grande de todos los demás anteriormente examinados, y se estimó que su área o extensión asciende aproximadamente a 320 hectáreas superficie ésta que concuerda con los planos que obran en el expediente. AGUAS: cuenta con las aguas del Río Seco y la Quebrada La Arenosa, de aguas permanentes, y de la Quebrada El Moral y Caña de Castilla y el Espino. VEGETACION: como es general en toda la Hacienda, ella se localiza escasamente sobre las orillas de las quebradas, pero es una vegetación que no es originaria sino secundaria con especies muy propias de la región cuyos nombres ya se conocen en líneas anteriores de esta diligencia, en las demás zonas es muy pobre la vegetación que ha sido arrasada por las quemas incontroladas. Como aguas, dentro del lote, también se observó un Jagüey o laguna, dentro del potrero El Engaño, el cual está abandonado y en desuso. OCUPANTES: este punto se revisa conforme a los diversos potreros que conforman el lote". (fls. 142-154 Cdo. No. 2).

TERCERA: Que los peritos del Instituto Geográfico Agustín Codazzi e Incora, rindieron su dictamen el día seis (6) de septiembre de mil novecientos ochenta y dos (1982). Por su parte, el perito designado por el propietario de los inmuebles lo hizo el día cinco (5) de octubre de mil novecientos ochenta y dos (1982), (Cuaderno 3 Bs, fol 53 y ss.ss. C. No. 2, fols. 404 y ss.ss). Bajo el rubro "CONCLUSIONES GENERALES", los dos primeros peritos precisan:

"1. Se estableció claramente que no existe explotación económica alguna sobre los 11 predios, que conforman la Hacienda Capri, por cuenta del propietario.

"2. Los ocupantes en calidad de colonos no reconocen derecho de dominio ajeno, ni vinculación o dependencia con el Fondo de Empleados de Bavaria.

"3. Al punto "h" del cuestionario presentado por el apoderado respondemos así:

“Nuestro experticio se basa fundamentalmente en la explotación económica, estado actual de la misma y ocupantes a la fecha de inspección ocular con intervención de peritos”.

“4. Al punto “j”. El estado de incultura o abandono se remonta entre los 10 y 12 años atrás.

“5. Al punto “k”. De acuerdo a la legislación de los Recursos Naturales, las fajas de bosques secundarios ubicadas en las márgenes de las fuentes de agua existentes en el Predio Capri, no cumplen con los requisitos mínimos para protección y conservación de las mismas. A esto se ha llegado por las periódicas quemas a que es sometido el predio.

“6. Al punto “l”. La degradación de las especies que componen los bosques secundarios es tal que ni para la conservación de cerramiento hay disponibilidad.

“7. Al punto “ll”. En el evento de que este predio sea sometido a una explotación adecuada de acuerdo a lo dicho para cada uno de los 11 predios que conforman la Hacienda “Capri”, en cuanto a aptitud se refiere, se dice muy claramente en el experticio qué áreas deben permanecer incultas por tener como limitantes bien la topografía muy escarpada o absolutamente carencia de suelos.

“Dentro de una explotación racional de un predio, con vocación agropecuaria debe tenerse como norma de explotación la rotación de pastos o rotación de cultivos, además los períodos lluviosos y secos dan una pauta para determinar el descanso de los suelos.

“8. Al punto “m”. De acuerdo al código de recursos naturales debe ampliarse la zona de reforestación a 30 metros a lado y lado de los cauces prohibiendo el entresaque de maderas, así sea necesario para la conservación de cercos a modo de ejemplo.

“La determinante general del predio es la misma que impera en la zona en relación con la disponibilidad de agua, aún cuando en el predio existen varias fuentes de agua, permanente estas están mal repartidas y por lo tanto se hace más imperiosa su conservación.

“9. Al punto “n”. Efectivamente el predio fue objeto de desmonte y destronque en una época superior a los 12 años y *desde esa fecha los suelos no han sufrido más depauperación por el estado de enrastramiento actualmente en la finca.*

“Con respecto a la explotación esta se ha determinado claramente para cada uno de los 11 predios que conforman La Hacienda, la cual ha

sido NINGUNA POR PARTE DEL PROPIETARIO.

“10. Al punto “ñ”. A través del experticio damos los nombres de los ocupantes, su identificación, ubicación, cultivos, construcciones, etc.” (Subrayas de la Sala).

A su turno, el perito designado por el propietario del inmueble, bajo el rubro “CONSIDERACIONES FINALES”, destaca:

PRIMERA: Los lotes de terreno que de manera individual he relacionado, como antes lo expresé *tiene una vocación de explotación mediante ganadería extensiva*, en atención a sus suelos y a su escasa vegetación que induce ecológicamente a disminuir cualquier producción agrícola, las vegas del Río, serían las únicas aprovechables bajo este sistema.

SEGUNDA: Se nota en toda la extensión de los predios la presencia (sic) de pastos artificiales, *hoy enmalezados lo que indica que con anterioridad se dedicaba a la ganadería*. Por información del administrador que tiene el Fondo de Empleados de Bavaria S.M., en la actualidad, la totalidad de los ocupantes que en ningún momento superan el 10% del área total de los predios en ocupación, *van siendo precaristas del anterior propietario HUMBERTO ROJAS MALAGON*, a excepción de IGNACIO MARTINEZ, quien había entrado en negociaciones con el Fondo para la adquisición de la parte del terreno que ocupa, habiendo entregado como arras la suma de \$218.478.00. Conforme a la fotocopia auténtica de los recibos que acompaño y que me fueron entregados, por el FONDO DE BAVARIA.

“**TERCERA:** Por cuenta del FONDO DE EMPLEADOS DE BAVARIA S.M., se tiene en administración los fundos y en la actualidad el señor ANTONIO CARRERA *ha efectuado venta de pastajes, lo que significa que mediante esta forma de explotación y por la presencia (sic) de cincuenta (50) reses aproximadamente, por tratarse de suelos de tercera clase, en armonía con el Decreto 059 de 1938, explotan directamente 150 hectáreas.*

“**CUARTA:** El apoderado de la sociedad mutuaría propietaria de los predios, *manifestó que desde el año de 1976, fecha desde la cual se convirtieron en propietarios SE VIO LIMITADA LA EXPLOTACION DEL PREDIO POR CUANTO EL TRADENTE SE NEGÓ A ENTREGAR VOLUNTARIAMENTE LOS MISMOS*, por lo cual se adelantó proceso de entrega que cursa ante el Juzgado 14 Civil del Circuito de Bogotá en espera de la práctica de la diligencia respectiva”. (Subrayas de la Sala).

“**QUINTA:** Que el día diez (10) de julio de mil novecientos ochenta y seis (1986), el Gerente General del Instituto Colombiano de la Reforma

Agraria, por medio de la Resolución Nro. 003363, declaró: "... que se ha extinguido a favor de la Nación, el derecho de dominio de los señores ELIZABETH RUIZ DE CORREDOR y PEDRO ANTONIO CORREDOR o de cualesquiera otras personas naturales o jurídicas, sobre los predios rurales denominados LA TIGRERA, BUENAVISTA, CAPRI, EL PARAISO, SAN VICENTE, LA ESPERANZA, SAN VICENTE-EL BATAN y VERSALLES, ubicados en jurisdicción del Municipio de San Juan de Rioseco, Departamento de Cundinamarca con una extensión aproximada de 9-1000 hectáreas, 1 hectárea, 128 hectáreas, 192 hectáreas, 9-4000 hectáreas, 64-2000 hectáreas, 60 hectáreas y 12-0000 hectáreas respectivamente ...".

"SEXTA: Que la anterior resolución fue aprobada por la Junta Directiva del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, por medio de la Resolución No. 051 de diez (10) de julio de mil novecientos ochenta y seis (1986) (C. 1, fols. 27 y ss.ss). (Subrayas de la Sala).

B) A la luz del acervo probatorio que se deja enlistado, y del que se apreciará a lo largo de la presente providencia, la Sala entra a desatar el presente conflicto de intereses, anticipando sí, que las pretensiones no están llamadas a prosperar, por las siguientes razones:

PRIMERA: Porque los predios se encontraban inexplorados desde el momento mismo en que el Señor HUMBERTO ROJAS MALAGON los vendió, por ONCE MILLONES DE PESOS (\$11'000.000.00), al FONDO DE EMPLEADOS DE BAVARIA S.M., esto es, el 3 de abril de 1976, fecha en que se firmó la Escritura Pública Nro. 1.379. Aquí se recuerda que como el vendedor no hizo la entrega material de la finca, el comprador instauró demanda, que se tramitó mediante un proceso abreviado, y que culminó con sentencia proferida por el juzgado del conocimiento el día cinco (5) de marzo de 1979, la cual fue consultada y confirmada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial, en sentencia de 19 de julio del mismo año. En la diligencia de Inspección Judicial, que en asocio de peritos practicó el Juez Promiscuo Municipal de San Juan de Río Seco, dentro del referido proceso, el día ocho (8) de septiembre de mil novecientos setenta y ocho (1978), se verificó que el vendedor no tenía la posesión material del inmueble, pues la finca era administrada por el Señor VICENTE ROSANIA RESTREPO, quien dijo estar en ella por "... cuenta del Señor MARTIN VARGAS CAMELO ...", quién la ocupó en virtud de un CONTRATO DE PROMESA DE COMPRAVENTA celebrado con el mismo señor HUMBERTO ROJAS MALAGON, acto jurídico que se suscribió el día cinco (5) de enero de mil novecientos setenta y seis (1976), es decir, dos días después de que el mismo señor ROJAS MALAGON le había vendido al FONDO DE EMPLEADOS DE BAVARIA S.M. En esa ocasión, los auxiliares de la justicia, al rendir su dictamen, expusieron:

“... el inmueble se encuentra en completo descuido ... Dentro del Potrero denominado “EL MORAL” encontramos unas mejoras consistentes en los ranchitos de bahareque y paja en mal estado y que sirven de alojamiento a la señora MARIA DEL CARMEN LOZANO y alrededor de éstos unos poquitos cultivos de habano, cachaco y algunos árboles de café en mal estado de conservación y unas pocas matas de caña de azúcar, todo esto en una extensión de una fanegada. Interrogada la señora dueña del mencionado cultivo, *manifestó que tenía 5 años de vivir allí y que durante este tiempo nadie había llegado a PRESENTARSE COMO DUEÑO O ADMINISTRADOR DE LA HACIENDA “CAPRI”*, que conoció a un señor MARTIN VARGAS, un día que ella viajaba para el caserío de San Nicolás y que le habían dicho que él era el dueño de la Hacienda ... por el costado Norte de la Hacienda, encontramos una mejora con casa de habitación donde vive la Señora OLIVA ROJAS con sus 9 hijos, esta construcción consiste en dos piezas, cocina en bahareque y teja de zinc, una alberca de cemento a donde llega el agua por medio de manguera ... en cuanto a las mejoras existen allí unas matas de cachaco, habano, artón y café, en una extensión aproximada de dos hectáreas ... interrogada la señora OLIVA, manifestó que ella estaba allí desde hace 28 años; que conoció como dueño de la Hacienda al Dr. PEDRO CAYETANO ROJAS, después a GUSTAVO GUILLEN, pero que actualmente no sabe quien es el propio dueño de la mencionada Hacienda “CAPRI”, que ha oído decir que los dueños son unos señores del FONDO DE BAVARIA ... más abajo dentro del Potrero denominado “LA ARENOSA” ... encontramos otras mejoras agrícolas consistentes en platanera de artón, habana, cachaco y árboles frutales, en una extensión aproximada de dos hectáreas, sin casa de habitación y que pertenecen a unos hermanos de apellido TORRES. A continuación de esta última mejora, siguen otras mejoras que pertenecen a MANUEL ORTIZ y consistentes también en yuca, maíz y plátano, en una extensión aproximada de una fanegada, sin casa de habitación ... dentro del Potrero denominado “EL PORVENIR”, otras mejoras como casa de habitación de bahareque y paja con cocina en la misma construcción, trapiche y cultivos de plátano, habano, cachaco, yuca y caña de azúcar, como también árboles frutales, en una extensión aproximada de cinco fanegadas, cuyo dueño se llama LUIS CRUZ ... dentro del mismo Potrero “EL PORVENIR” ... una casa de habitación de bahareque y paja, la que según dijeron fue construida por cuenta de la Hacienda “CAPRI” y también unos cultivos de plátano, habano, cachaco, yuca y maíz, en una extensión superior a dos fanegadas. También encontramos en el sitio denominado San Vicente, un cafetal, de más o menos *una fanegada*, que según nos informaron, éste es de propiedad de la Hacienda, y el que según informe también lo tiene en compañía un señor de nombre CARLOS JULIO ESCOBAR desde hace más de seis años y *el que se encuentra bastante descuidado. En cuanto lo que se refiere a cercas dentro de la misma ... pudimos ver el*

*completo abandono en que se encuentran las pocas existentes, ya que la mayoría de los Potreros están prácticamente en común por la falta y mal estado de éstas ... se encontró dentro de la Hacienda unas 150 cabezas, en lo que pudimos apreciar, de calidad "CEBU" y algunas bestias cabalgares (sic) en número aproximado de 15 descuidadas, es decir, de poca calidad. Al preguntársele al Administrador de la Hacienda ... manifestó que dichos animales no eran de la Hacienda, sino recibidos a pastaje ... en cuanto a construcciones no encontramos ninguna por cuenta de la Hacienda "CAPRI", y sí por el contrario, pudimos darnos cuenta de la casa que existía dentro de la Finca, que aparentemente era de construcción vieja, fue derribada y el zinc que la cubría, nos informaron que había sido vendido por el Administrador, señor VICENTE ROSANIA RESTREPO ... en cuanto al tiempo de posesión de las mejoras éste fluctúa entre los tres y diez años, excluyendo los dos primeros, y mencionados a JEREMIAS BARRAGAN, como dueño de la última Parcela. **LA MAYORIA DE ESTAS MEJORAS LAS HAN HECHO SIN CONSENTIMIENTO DE LOS DUEÑOS DE LA HACIENDA.** A excepción de MARIA OLIVA ROJAS, quien compró parte de las mejoras con consentimiento del entonces dueño de la Hacienda Dr. PEDRO CAYETANO ROJAS ... En cuanto a construcciones se refiere, solamente encontramos las dos casas de la Hacienda donde habita el Administrador, las que están semidestruídas, *y en cuanto al estado general de la Hacienda, podemos decir, QUE ESTA EN COMPLETO ABANDONO,* pues como lo dijimos anteriormente las casas puede decirse están inhabitables, cuya construcción es de bahareque y zinc *y amenazan ruina, RESPECTO A LOS POTREROS A PESAR DE ESTAR BASTANTE PASTADOS, EL RASTROJO O MONTE, ESTA DESTRUYENDO LOS PASTOS..* (Subrayas en el texto de la Sala).*

De la historia que se deja relacionada fluye, pues, con meridiana claridad, que el inmueble, objeto de la presente controversia, **ESTABA ABANDONADO** cuando HUMBERTO ROJAS MALAGON se lo vendió al FONDO DE EMPLEADOS DE BAVARIA en abril de 1976, y continuaba abandonado cuando el Juez Promiscuo de San Juan de Rio Seco practicó la Inspección Judicial, esto es, el día 8 de septiembre de 1978. Esta realidad fáctica explica que la Sala valore, en grado sumo, el INFORME DE VISITA PREVIA que el funcionario del INCORA hizo durante los días 4 y 5 de agosto de 1978, esto, un mes antes que el citado Juzgado, el cual obra en el Cuaderno Nro: 1, de la actuación del Instituto, folios 4 y siguientes, en el cual se registran los siguientes hechos:

"ACLARACION.

"MARTIN VARGAS CAMELO, adquirió el predio sobre el cual tiene la posesión, mediante promesa de compraventa; contrato firmado el 5 de enero de 1976, con el promitente vendedor HUMBERTO ROJAS

MALAGON con el cual aparece el compromiso de firmar la escritura de perfeccionamiento en Diciembre de 1978. HUMBERTO ROJAS MALAGON adquirió por compra a HELENA GUILLEN DE LEAVER por escritura No. 3783 de octubre 1/75, Notaría 10 de Bogotá ... Informó el señor MARTIN VARGAS CAMELO, que a tiempo que se le prometió en venta el predio, el citado HUMBERTO ROJAS MALAGON, vendió el mismo inmueble al Fondo de Empleados de Bavaria, quien alega tener escritura que lo acredita como propietario del citado inmueble. El Fondo de Empleados de Bavaria, pagó a ROJAS MALAGON \$3.000.000.00 y por su parte VARGAS CAMELO pagó \$7.000.000.00. Esto ha dado lugar a lio judicial ... *EXPLOTACION ECONOMICA*. según manifestó el poseedor VARGAS CAMELO, en la actualidad *no ADELANTA EXPLOTACION DEL PREDIO*, puesto que el aprovechamiento de los pastos con ganados le ha ocasionado pérdidas por el hurto continuado de los vacunos, cuestión que no ha sido posible controlar. POTREROS. El Descanso, Mateguadua, El Batán, Versalles, La Yerbabuena, El Hato, San Vicente y El Espejo, con superficie aproximada de 605.0 hectáreas, cultivos de pastos artificiales, faragua e india, asociados con malezas y rastros más o menos densos ... La Ceiba, El Medio, La Honda, El Moral, La Tigra, Capri, Las Lajas, La Esperanza, El Engaño, La Arenosa. Con superficie total aproximada de 65.0 hectáreas, tienen pastos artificiales faragua e india con buen desarrollo y en la mayor área limpios de malezas. Hay porciones con malezas bajas dispersas ... *En ninguno de los potreros hay ganado vacuno, de tal manera que los pastos se están perdiendo.*

“El resto de la cabida con área total de 245.0 hectáreas corresponde a zonas boscosas y terrenos inaprovechables por pendientes muy fuertes y escarpadas. SEMOVIENTES. No hay del poseedor ganados vacunos. Equinos: caballares de cría y servicio 34. ADMINISTRACION. Un mayordomo. La rocería de potreros y arreglo de cercas se efectúan por contrato. *EN LA ACTUALIDAD NO SE ADELANTAN TRABAJOS.* El certificado de la Tesorería sobre Inscripción predial, da cuenta únicamente de una cabida de 697-000 hectáreas ...” (Subrayas de la Sala).

SEGUNDA: Porque con toda la prueba que se deja relacionada (Acta de Visita durante los días 4 y 5 de agosto de 1978, Inspección Judicial practicada por el Juez Promiscuo Municipal de San Juan de Rio Seco, el 8 de septiembre de 1978, Inspección Judicial practicada por el Incora, durante los días 24 a 27 de agosto de 1982 quedó demostrado, hasta la saciedad, que el propietario del inmueble no ejerció sobre él los actos de explotación económica previstos en el artículo 1o. de la Ley 200 de 1936, tales como las plantaciones o sementeras, la ocupación con ganados y otros de igual significación económica, durante los tres últimos años. En la interpretación de la conducta humana, que en más de una ocasión resulta de mayor interés que

la de la propia ley, la Sala desea recordar que con ocasión de la V Asamblea de Delegados del Fondo de Empleados de Bavaria, que tuvo lugar el día dos (2) de octubre de mil novecientos ochenta y uno (1981), el delegado PEDRO MONROY, al comentar el alcance de la venta que se hizo a los hoy demandantes, preguntó la causa por la cual no se cobraban intereses sobre los SEIS MILLONES que quedaban debiendo los compradores, a lo cual respondió EL LIQUIDADOR, Señor PINZON, diciendo: “... *que no se le podían cobrar intereses, YA QUE EL TIENE QUE ENTRAR A HACER GRANDES INVERSIONES PORQUE LA HACIENDA ESTA COMPLETAMENTE ABANDONADA Y HAY QUE DEMOSTRAR COMO SE HABLO ATRAS CUANDO VAYA LA INSPECCION DEL INCORA QUE LA FINCA ESTA SIENDO EXPLOTADA ...*” (Cdno. 1, Incora, pág. 156). En la misma acta se consigna que al intervenir el delegado VALERIO CARDENAS, éste manifiesta que no entendía la última parte del contrato, a lo cual el LIQUIDADOR PINZON “... *le aclara que para PODER TUMBAR LA RESOLUCION DEL INCORA SE NECESITA LLENAR CIERTOS REQUISITOS A FIN DE DEMOSTRAR QUE LA FINCA ESTA DEBIDAMENTE EXPLOTADA LO QUE ESTARA A CARGO DEL COMPRADOR A FIN DE QUE CUANDO VAYA LA INSPECCION OCULAR DEL INCORA A CONSTATAR ESTA SITUACION ENCUENTRE QUE LA FINCA ESTA SIENDO EXPLOTADA ADECUADAMENTE*”. (C. No. 1, del Incora, fol. 155).

Se recuerda que el mismo perito designado por el propietario rindió su dictamen el 5 de octubre de 1982, y afirma que la explotación del predio se vio limitada por cuanto el tradente se negó voluntariamente a hacer entrega del predio.

TERCERA: Porque aunque los peritos JAIME R. GALINDO BENAVIDES y MARIA HERMILIA ACEVEDO G., Ingenieros Agrónomos, que asistieron a la Inspección Judicial que se practicó, dentro de este proceso, el día doce (12) de febrero de mil novecientos ochenta y ocho (1988), manifiestan en su dictamen rendido el día dos (2) de septiembre del mismo año, que el predio está siendo económicamente explotado, pues hay 548 cabezas de cría, levante y engorde, y que se han reconstruido y establecido nuevas cercas, éstas circunstancias se vienen a dar sólo con posterioridad al 27 de agosto de 1980, momento en el tiempo físico en que el INCORA dicta la Resolución No. 000451 en que ordena iniciar las diligencias tendientes a establecer si se había extinguido o no el dominio privado. En este momento del discurso el sentenciador vivencia que los demandantes PEDRO ANTONIO CORREDOR Y ELIZABETH RUIZ DE CORREDOR sólo adquirieron el inmueble el día 20 de junio de mil novecientos ochenta y tres (1983), por medio de la Escritura Pública No. 2117 de esa fecha, pasada ante el Señor Notario Veintisiete (27) del Círculo de Bogotá, habiéndose dejado constancia en ella de que el Señor PEDRO ANTONIO CORREDOR FORERO era “... *conocedor de la afectación que pesa sobre la HACIENDA CAPRI por parte del INSTITUTO COLOMBIANO DE LA REFORMA AGRARIA*”.

—INCORA— ...” También se registra, en el referido título, que hay arrendatarios y/o colonos u OCUPANTES DE HECHO. Pero es más: Allí también se consigna que: “EL FONDO DE EMPLEADOS DE BAVARIA S.M. EN LIQUIDACION por su cuenta y riesgo ha iniciado varios procesos ante las autoridades competentes con el objeto de lograr la entrega de tales terrenos ... El Señor CORREDOR FORERO renuncia a cualquier demanda, pago y/o indemnización, contra el FONDO DE EMPLEADOS DE BAVARIA S.M. EN LIQUIDACION por el tiempo que duren los procesos y no pueda tener la posesión de explotación de los mismos”. De esta literatura fluye, con especial claridad, que en 20 de junio de 1983, fecha de la citada escritura, ni el FONDO DE EMPLEADOS DE BAVARIA, ni los nuevos compradores, tenían “LA POSESION Y EXPLOTACION” del inmueble. Así las cosas, la realidad que los funcionarios del INCORA vivenciaron y que se recoge en el ACTA DE VISITA del 4 y 5 de agosto de 1978, y también durante la diligencia de Inspección Judicial, que tuvo lugar entre el 24 y el 27 de agosto de 1982, tiene fuerza de convicción para el sentenciador, en todo su universo. Por ello se tiene la certeza de que el predio estaba inexplorado en los distintos momentos en que fue visitado por el INCORA. Esta realidad fáctica explica, en lo sustancial que los actos administrativos impugnados deban ser confirmados.

C) El apoderado de la parte actora ataca las resoluciones impugnadas alegando que en virtud de los Acuerdos Nros. 003 de 22 de febrero de 1971 y 008 de 5 de abril de 1978, dictados por la Junta Directiva del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, el INCORA no adquirió competencia para adelantar procedimientos de extinción del derecho de dominio sobre los predios con cabidas entre 100 y 500 hectáreas o menor de cien hectáreas, pues ellos fueron dictados con violación flagrante del Parágrafo del Artículo 22 de la Ley 135 de 1961, que radica en la Gerencia del INCORA, y no en la Junta Directiva del mismo, la competencia para expedirlos.

El cargo así formulado no está llamado a prosperar, pues siendo cierto que tales ACUERDOS han debido ser expedidos por la Gerencia General del Incora, como ya ha tenido oportunidad de decirlo la Sala, es lo cierto que la competencia del Instituto para adelantar, de oficio, o a petición de los procuradores agrarios o de cualquier persona, el respectivo procedimiento sobre extinción del dominio, no emana de tales ACUERDOS, sino de la ley misma. Concretamente el inciso quinto del artículo 22 de la Ley 135 de 1961 preceptúa que con base “... en las relaciones y documentos indicados y en cuales quiera otras informaciones que pueda allegar o que se le comuniquen el INSTITUTO adelantará metódicamente el estudio de los predios a que se refiere este artículo desde el punto de vista de su explotación económica, al tenor de lo previsto en el artículo 8o. de la ley 200 de 1936 y en el inciso 2o. del artículo 29 del decreto 59 de 1938”. Igual filosofía se recoge en el artículo 7o. del Decreto No. 1577 de 1974, que reglamenta las Leyes 200 de

1936 y 135 de 1961, con las modificaciones introducidas por las Leyes 1a. de 1968 y 4a. de 1973, en lo relativo a la extinción del derecho de dominio.

Agrégase a todo lo anterior que no obstante que los once predios tienen matrículas separadas, ellos forman una sola unidad de explotación económica, siendo su cabida total de SETECIENTAS SIETE HECTAREAS (707), motivo por el cual los Acuerdos ya citados no vienen al caso, pues regulan una realidad fáctica por debajo de tal área. Por lo demás si a lo que se aspira es a que se aplique la excepción de ilegalidad, para el caso en comento, ella no produciría ningún efecto perturbador en el deslance de este conflicto de intereses, pues el INSTITUTO puede adelantar el estudio de los predios, desde el punto de vista de su explotación económica, con apoyo en simples "INFORMACIONES QUE PUEDA ALLEGAR" y el ACTA DE VISITA PREVIA AL PREDIO cumple con ese requisito y tiene ese universo.

D) Se cuestiona también el alcance jurídico y fáctico de las resoluciones Nros. 003363 y 051 del 10 de julio de 1986 porque el recurso de REPOSICION que se interpuso contra la Resolución No. 0451 del 27 de agosto de 1980, originaria de la Dirección Regional del Proyecto Cundinamarca No. 1 y Boyacá, fue resuelto por dicha Dirección Regional el 20 de abril de 1982, esto es, cuando dicha atribución le correspondía al Gerente General por haberse derogado el alcance de la Resolución No. 01072 de 1980, sobre delegación de funciones a los Directores Regionales, por mandato de las Resoluciones Nos. 03676 de agosto 10 de 1981 y 03743 de agosto 14 de 1981, originarias todas ellas de la Gerencia General.

Este cargo tampoco está llamado a prosperar, por las siguientes razones:

PRIMERA: Es verdad que cuando se expidió la Resolución Nro. 00451 de 27 de agosto de 1980 estaba vigente la Resolución Nro. 1072 de 25 de marzo, expedida por la Gerencia General, en virtud de la cual se delegó en los Directores Regionales la facultad de expedir las resoluciones por medio de las cuales se INICIA EL PROCEDIMIENTO encaminado a determinar si conforme a la ley se debe extinguir, en todo o en parte, el derecho de dominio privado. Es igualmente cierto que el 10 de agosto de 1981 se dictó la Resolución Nro. 3676 y el día 14 del mismo mes y año la Nro. 3743, por medio de las cuales el Gerente General se reservó la facultad o competencia para expedir la resolución que ordena INICIAR EL PROCEDIMIENTO, pero ésta especial circunstancia, de naturaleza legal, no le hizo perder competencia al Director Regional para resolver el recurso de reposición que se interpuso el día 17 de marzo de 1981, esto es, cuando no se habían dictado las dos últimas resoluciones. Y se afirma esta verdad jurídica con apoyo en la filosofía que fluye del artículo 699 del Código de Procedimiento Civil, vigente entonces, y también en el actual, en el cual y en lo pertinente, se preceptúa:

“En los procesos iniciados antes, los recursos interpuestos, la práctica de las pruebas decretadas, los términos que hubieren empezado a correr, los incidentes en curso y las notificaciones que se estén surtiendo, **SE REGIRAN POR LAS LEYES VIGENTES CUANDO SE INTERPUSO EL RECURSO**, se decretaron las pruebas, empezó a correr el término, se promovió el incidente o principio a surtirse la notificación”.

Al comentar el universo de la normatividad anterior el Dr. Hernán Fabio López, enseña:

“En consecuencia, el primer requisito para que pueda operar la ultra-actividad de una norma es que se trate de **PROCESOS EN CURSO, EN LOS CUALES SE SIGUE APLICANDO LA DISPOSICION DEROGADA UNICAMENTE MIENTRAS SE DECIDE EL RECURSO INTERPUESTO BAJO LA VIGENCIA DE LA LEGISLACION ANTERIOR, O TERMINA DE CORRER UN TERMINO, SE DECIDE EL RESPECTIVO INCIDENTE, se practican las pruebas decretadas o se realiza la notificación que se está surtiendo**. Fuera de éstos casos taxativos, no habrá lugar a aplicar ninguna norma derogada ... Al referirse la Ley 153 “a normas sobre sustanciación y ritualidad de los juicios” **da a entender claramente que es PARTE ESENCIAL DE ESA SUSTANCIACION EL FUNCIONARIO A QUIEN LE CORRESPONDE ADELANTARLA**: de ahí que la ley 153 de 1887 no exceptúe las leyes sobre organización judicial, que señalan quién debe sustanciar el juicio” (Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano. Parte General. Cuarta Edición. Editorial Temis, págs. 18 y ss.ss). (Subrayas de la Sala).

SEGUNDA: Porque aún en el evento de que el recurso de REPOSICION hubiese sido desatado por un órgano no competente, ello para nada incide ni vicia la actuación que culminó con las Resoluciones Nos. 003363 y Nro. 051 de diez de julio de mil novecientos ochenta y seis (1986), proferidas en su orden por la Gerencia y la Junta Directiva del Incora, pues en este caso la interposición del mismo, y el alcance de su definición, en nada incide para el ejercicio y resultado de la acción de restablecimiento. En esta materia el Dr. Miguel González Rodríguez, enseña:

“En nuestro derecho, por ejemplo, el recurso de reposición no es obligatorio para el ejercicio de las acciones contencioso-administrativas de nulidad, es decir, para agotar la vía gubernativa, aun cuando nuestro Consejo de Estado sostuvo lo contrario hasta la expedición del decreto-ley 2733 de 1959, que preceptuó que no era obligatorio para ello, en disposición que hoy reproduce el nuevo estatuto, aun cuando cabe observar que por el artículo 8o. del decreto-ley 2304 de 1989, que subrogó el artículo 63 del C.C.A., se había dispuesto que “para agotar la vía gubernativa sólo es obligatorio interponer, cuando es procedente, el recurso de apelación”, pero “cuando contra un acto administrativo

sólo proceda el recurso de reposición, éste será obligatorio”; sin embargo, ese artículo 8o. del decreto 2304 de 1989 fue declarado inexecutable por la Corte Suprema en la sentencia de junio 20 de 1990, en razón de lo cual recobró su vigencia el ordenamiento primitivo que consagra el recurso de reposición como simplemente facultativo y no como obligatorio” (Derecho Procesal Administrativo. Tomo 1, Octava Edición, 1991, Librería Wilches, pág. 70).

E) Se cuestiona también el universo jurídico de las resoluciones cuya nulidad se impetra, porque el Incora no tramitó la objeción que por error grave se formuló contra el dictamen pericial rendido el seis (6) de septiembre de mil novecientos ochenta y dos (1982). Se agrega que tal trabajo se produjo irregularmente, “... por cuanto los peritos del CODAZZI no se designaron mediante sorteo público. Tampoco ... examinaron conjuntamente los inmuebles ni rindieron el dictamen en un solo escrito ...” El cargo así formulado tampoco tiene temperamento determinante para anular las resoluciones impugnadas.

Es verdad que el Incora no tramitó la objeción por error grave, que en el momento procesal oportuno formuló el apoderado de la parte actora, y que tal determinación la tomó alegando que “... la ley en este procedimiento especial, no cobija la objeción del dictamen, y que debe tenerse en cuenta el principio de que cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu” (Anexo 3).

Esta tesis la apoya el instituto demandado en lo preceptuado en el artículo 14 del Decreto No. 1577 de 1974, por medio del cual se reglamentan las Leyes 200 de 1936 y 135 de 1961, que en su numeral quinto, dispone: “El dictamen, se pondrá en conocimiento del propietario y del ministerio público por el término de tres (3) días, *dentro de los cuales pueden solicitar que se complemente o aclare*”.

La Sala desea dejar en claro que no comparte esa perspectiva jurídica, pues el universo probatorio no puede modificarse por un decreto reglamentario. Todo dictamen pericial debe ajustarse a las formalidades procesales para la validez de la prueba, pues éstas son una garantía para las partes y un requisito “... para que se hagan efectivos los principios fundamentales de la publicidad, la contradicción, la igualdad de oportunidades, la imparcialidad del juez, la inmaculación del medio y la prohibición de aplicar el conocimiento privado del funcionario ...”, como lo enseña el Profesor Hernando Dévis Echandía en su obra Compendio de Derecho Procesal Civil, Tomo II, Pruebas Judiciales, Octava Edición, Editorial A.B.C., pág. 121. Ocurre, sin embargo, que si tales formalidades se pretermiten, el único efecto jurídico que se produce es el de que el juez no puede darle mérito probatorio al experticio. Nada más pero tampoco nada menos. Sobre el particular el procesalista en antes citado predica: “Como sucede con la preclusión de la etapa

procesal respectiva, las informalidades de tiempo, modo y lugar para su ordenación y práctica, afectan de invalidez el acto del juez, *MAS ES INNECESARIO DECLARAR SU NULIDAD, PORQUE BASTA NEGARLE VALOR A LAS PRUEBAS ASI PRACTICADAS CUANDO SE APRECIAN EN LA SENTENCIA O LA RESOLUCION DEL INCIDENTE*, pero el juez debe ordenar de oficio su repetición si las considera útiles para la sentencia” (Obra citada, pág. 122).

En el caso en comento el sentenciador no dispone esto último porque un nuevo dictamen, para verificar la realidad histórica, no tiene sentido. Además, porque encuentra que en el *sub-lite* la INSPECCION JUDICIAL que se practicó en forma detallada durante los días 24 y 27 de agosto de 1982, unida al Acta de Visita Previa y a la Inspección que practicó el Juez Promiscuo Municipal de Rio Seco el día ocho (8) de septiembre de 1978, junto con el dictamen que se rindió en esta ocasión, dejan en el fallador la convicción plena de que el inmueble estaba inexplorado. A todo-esto se agregan las manifestaciones que algunos delegados hicieron en la V Asamblea del Fondo de Empleados de Bavaria, reunida el día dos (2) de octubre de mil novecientos ochenta y uno (1981), que para la Sala tienen el temperamento probatorio del indicio.

A manera de simple pedagogía jurídica y judicial el sentenciador desea destacar que no siempre es de recibo la tesis expuesta por el Incora, en la providencia que denegó la tramitación de la objeción por error grave, que lo llevó a predicar que por cuanto el alcance del artículo 14 del Decreto 1577 de 1974 era claro, no podía desatender su tenor literal so pretexto de consultar su espíritu. En la doctrina, tratadistas como Hans Reichel invitan a reflexionar a fondo sobre el campo de acción de tal principio, al destacar:

“En oposición poco satisfactoria con esta concepción liberal del gran maestro, se halla aquella estrecha de la Escolástica de los tiempos pasados que consideraba artículo de FE la expresión paremiológica: *LEGE NON DISTINGUENTE NEC NOBIS EST DISTINGUENDUM*. Esta es una receta peligrosa.

“Cierto es que en casos aislados puede ocasionar bienes; pero, mantenida y aplicada en todos los casos, conduce a equivocaciones irremediables. Poder distinguir rectamente es una de las principales tareas y virtudes del hombre de cultura científica.

“También el jurisconsulto, si quiere ser un hombre de ciencia, debe aprender a distinguir: si no hace esto, no es más que un pobre rutinario. La invocación a la “letra de la ley general, sin reserva, que no admite excepción”, no le quita esa tacha. Fuera del lastimoso argumento a contrario, no conozco ninguna modalidad de la actividad racionadora que sea más adecuada para DEPRIMIR Y REBAJAR la facultad

de un juriconsulto que aquella pretendida *PROHIBICION DEL DEXTINGUIR, QUE NO SUPONE OTRA COSA QUE EL MANDATO, EN POCAS PALABRAS, DE QUE, A TONTAS Y A LOCAS, TODO SE MIDA CON EL MISMO RASERO*". (La Ley y la Sentencia. Editorial Reus, 1921, pág. 93 y ss.ss). (Subrayas de la Sala).

F) Finalmente, no encuentra la Sala que los actos acusados sean ilegales ora por FALSA MOTIVACION, ora por DESVIACION DE PODER. No lo primero, porque los motivos precisos para declarar extinguido el derecho de dominio se verificaron en la realidad fáctica, como se expuso en uno de los apartes de esta providencia. Tampoco lo segundo, porque por parte alguna aparece que el Incora hubiese perseguido un fin diferente al previsto en la ley. El centro de imputación jurídica demandado en ningún caso fue más allá de lo dispuesto en la normatividad agraria y enmarcó el fin en el ordenamiento jurídico con una interpretación dinámica, realista y justa. Desde el año de 1936 el país aceptó que las tierras de propiedad privada que se mantuvieran sin explotación económica durante 10 años perderían ese carácter e ingresarían al dominio del Estado con el carácter de baldíos. Así lo disponía la ley 200 de 1936. Posteriormente el artículo 10 de la Ley 100 de 1944 extendió ese período a 15 años, siempre que en la respectiva propiedad se hubiesen celebrado contratos de arrendamiento, que cobijaran al menos la tercera parte de la extensión inculca del predio. Finalmente, el artículo 30. inciso 1o. de la Ley 4a. de 1973, redujo el lapso de in explotación a tres (3) años continuos contados a partir de la vigencia de la misma. Es indiscutible que la propiedad privada merece el respeto del Estado, pero es igualmente cierto que ella tiene una función social que implica obligaciones. Es por ello que, tratadistas sobre la materia, como el Dr. Guillermo Benavides Melo, predicán:

"... el artículo 30 que enseña cómo la propiedad privada merece respeto del Estado, pero a renglón seguido dice cómo la propiedad privada es una función social que implica obligaciones, es decir, que en Colombia ningún propietario puede darse el lujo de serlo sin simultáneamente sentirse comprometido con la sociedad y sentirse obligado a que su propiedad se encuentre fundamentalmente al servicio de la comunidad; ese es un principio que vino a rectificar el antiguo criterio sobre esta materia, de acuerdo con el cual el propietario privado era libre, como dice nuestro Código Civil, de usar y abusar de lo suyo, mientras no fuera contra la ley ni contra el derecho de los demás; ese era el derecho de propiedad que consagraba nuestra legislación hasta el año de 1936, con libertad total del dueño para hacer de su propiedad lo que le pareciera más correcto, siempre y cuando que a través del ejercicio, no estuviera violando, o haciéndole daño a otra persona.

"La Constitución de 1936 cambió el criterio y dijo: *no, la propiedad no puede ser eso, la propiedad es una función social, nadie tiene dere-*

cho a ser propietario si en el ejercicio de ese derecho, que debe producirle beneficio personal, simultáneamente no está procurando el beneficio de la sociedad toda y por consiguiente el bienestar de la comunidad. De manera que se hizo un cambio profundo en el concepto mismo del derecho de propiedad que viene a ser un ingrediente decisivo en este tema” (El Problema Agrario en Colombia. Colección Memorias No. 1. Asociación de Historiadores Javerianos, pág. 23). (Subrayas de la Sala).

A la luz de todo lo que se deja expuesto se concluye que los actos administrativos acusados se ajustan a la realidad fáctica, y fueron dictados en cumplimiento de lo preceptuado en la ley.

Por ello no prosperan los cargos que se hicieron con la filosofía que informa la DESVIACION DE PODER o LA FALSA MOTIVACION.

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

DENIEGANSE las pretensiones de la demanda, por las razones dadas en los considerandos de este proveído.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE.

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

FALLA DEL SERVICIO PRESUNTA / CONSCRIPTO / PRINCIPIO DE IGUALDAD FRENTE A LAS CARGAS PUBLICAS

La doctrina de la falla del servicio presunta adquiere mayor relevancia si se considera que, en fin de fines, el servicio militar que, por mandamiento legal debe prestar todo colombiano varón, es una carga social que, salvo su naturaleza, no difiere de las demás cargas con que se debe contribuir al sostenimiento del Estado; cuando dicha carga, legalmente establecida en un período de tiempo que se ha de entregar al servicio del Estado, rompe esas barreras para trocarse en la entrega de la vida, no hay duda de la ruptura del principio de igualdad que debe orientar la distribución equilibrada de las cargas públicas entre los asociados, haciendo excepcionalmente oneroso el fardo que debe soportar uno de ellos; por eso, a la luz de nuestro ordenamiento positivo, es necesario restablecer el equilibrio perdido ordenando en favor de la víctima la indemnización correspondiente.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Santafé de Bogotá, D.C., octubre diecisiete (17) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Doctor Juan de Dios Montes Hernández.*

Referencia: Expediente No. 5708. Actor: Blanca Fotasoca de Vélez.

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por el Sr. Fiscal del Tribunal Contencioso Administrativo de Boyacá en contra de la sentencia proferida por esa Corporación el 25 de enero de 1989, en virtud de la cual denegó las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES PROCESALES

1o.— LA DEMANDA. El 11 de julio de 1984, doña BLANCA FOTASOCA VIUDA DE VELEZ compareció, mediante apoderado Judicial regularmente constituido, ante el Tribunal Contencioso Administrativo de Boyacá para formular, frente a la Nación, las siguientes pretensiones:

“PRIMERA: Que la NACION COLOMBIANA — Ministerio de Defensa Nacional es civilmente responsable de la muerte del Soldado del Ejército ALBERTO VELEZ FOTASOCA, ocurrida el día 11 de julio del año de 1981, en la región de Quipama, Municipio de La Victoria, Departamento de Boyacá, como consecuencia de los disparos que le hizo su compañero de armas, Soldado JORGE LUIS VERGARA HERNANDEZ.

“SEGUNDA: Que como consecuencia de la declaración anterior y a manera de restablecimiento del derecho de la actora, se condene a la NACION COLOMBIANA —MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL— a reconocer y pagar a la señora BLANCA ADELA FOTASOCA VIUDA DE VELEZ o a quien represente sus derechos, los perjuicios de orden material (Daño emergente y lucro cesante), y de orden moral, que le fueron ocasionados con motivo de los hechos expuestos en la petición anterior, conforme liquidación que para el efecto se haga dentro de la tramitación del proceso o en incidente posterior a la sentencia.

“TERCERA: Que el monto de los perjuicios, materiales y morales, se actualice al valor del poder adquisitivo de nuestra moneda, existente en la fecha de la sentencia. Que se hagan los incrementos anuales de sus entradas y que en la indemnización se distingan dos períodos:

El de los perjuicios actualmente debidos y el de los futuros, y que para el pago del primer período se condene a la Nación Colombiana —Ministerio de Defensa Nacional— a pagar a mi mandante el valor de los intereses corrientes de las sumas debidas.

“CUARTA: Que a la sentencia que se profiera en el presente caso se le de cumplimiento dentro del término del Artículo 176 del Código Contencioso Administrativo”. (fls. 9 — 10, C. 1).

Como fundamento de lo pedido, la actora cuenta que contrajo matrimonio con GERMAN VELEZ PEREZ, unión de la cual nació ALBERTO VELEZ FOTASOCA, quien, dada la viudez de su madre y la carencia de bienes de fortuna, debió abandonar sus estudios y proveer al sustento de la familia trabajando como ayudante de albañilería, oficio que practicaba cuando fue reclutado para prestar el servicio militar obligatorio; como

retribución percibía el salario mínimo legalmente establecido para la ciudad de Bogotá.

En relación con el reclutamiento y la muerte de su hijo, dice la demandante:

“5o.) ALBERTO VELEZ FOTASOCA, una vez reunidos los requisitos de aptitud psicofísica exigidos por los Reglamentos de Sanidad de las Fuerzas Militares, fue seleccionado por el servicio de Reclutamiento del Ejército para prestar el servicio militar obligatorio, habiendo sido incorporado en Bogotá. De aquí fue trasladado al Batallón de Infantería Número 2 “Sucre”, de guarnición en la ciudad de Chiquinquirá, Departamento de Boyacá, donde por sus aptitudes y merecimientos, recibió la distinción de Dragoneante.

“6o.) Encontrándose en esta Unidad Militar, ALBERTO VELEZ FOTASOCA fue asignado a la Compañía Bolívar, en comisión de orden público en la región del Municipio de la Victoria, del mismo departamento donde halló la muerte a manos de un compañero, el día 11 de julio de 1981.

“7o.) Para establecer las circunstancias que rodearon la muerte del Dragoneante ALBERTO VELEZ FOTASOCA, el Comando del Batallón de Infantería Número 2 “Sucre”, mediante auto de fecha 14 de julio de 1981, ordenó adelantar la correspondiente investigación, la cual se halla recopilada en el Informativo Administrativo Número 022 de ese Comando.

“En dicho informativo se estableció lo siguiente:

“El día 11 de julio de 1981 la Patrulla de Orden Público que era comandada por el Cabo Segundo EMERSON GONZALEZ MORA acampó en los alrededores de una casa, con el fin de pernoctar allí. Una vez dispuestos los servicios de seguridad, el Comandante de la Patrulla ordenó a los Soldados CARLOS ALBERTO VARGAS SANTIAGO, NESTOR SANCHEZ y JORGE LUIS VERGARA HERNANDEZ, preparar la comida para los integrantes de la Patrulla, tarea a la cual se dedicaron, bajo la vigilancia del Soldado GONZALO TORO TOLOZA y del Dragoneante ALBERTO VELEZ FOTASOCA.

“Cuando se hallaban en la preparación del menú, sin que mediara discusión, altercado o signos de enemistad, el Soldado JORGE LUIS VERGARA HERNANDEZ tomó un fusil y lo disparó contra el Dragoneante ALBERTO VELEZ FOTASOCA, causándole la muerte.

“En la diligencia de descargos dice el inculpado que disparó sin darse cuenta contra su amigo, no obstante que éste lo había invitado a darse

plomo. Esta afirmación del homicida no aparece con respaldo probatorio y, antes por el contrario, las declaraciones de los testigos son claras en sostener que entre el atacante JORGE LUIS VERGARA HERNANDEZ y el muerto Dragoneante ALBERTO VELEZ FOTASOCA no hubo discusión o cruce de palabras, que hubiera podido dar alguna justificación a su actitud.

“Agotada la investigación administrativa, el expediente fue remitido al Oficial Ejecutivo y Segundo Comandante del Batallón Sucre, autoridad que en vista fechada en Chiquinquirá el 18 de octubre de 1981, sugiere al Comandante del Batallón, fallador de primera instancia, establecer que la muerte del Dragoneante VELEZ FOTASOCA ocurrió en el servicio, pero no por causa o razón del mismo.

“El Señor Comandante del Batallón de Infantería Sucre, en fallo de primera instancia, de fecha octubre 27 de 1981, declaró que la muerte del Dragoneante ALBERTO VELEZ FOTASOCA se produjo en el servicio pero no por causa del mismo, pero con las declaraciones y observaciones hechas en los considerandos, que a la letra dicen:

“1.— De las pruebas presentadas en las diligencias se puede deducir que el SL. VERGARA HERNANDEZ JORGE, tomó un fusil que no era el suyo y sin saber que estaba cargado hizo el amago de dispararle al DG. VELEZ FOTASOCA ALBERTO produciéndose los disparos, que a la postre le causaron la muerte. Este hecho es absurdo, si se tiene en cuenta, el tiempo que llevaba prestando el Servicio Militar, la experiencia adquirida en misiones de ORDEN PUBLICO, tanto mas que los integrantes de esa Unidad Fundamental duraron seis meses en el afea de orden público, y el hecho finalmente innegable de la malicia que le pueda caber por cuanto de sobra sabían la prohibición y el peligro de jugar con las armas de fuego.

“2.— Según la declaración del SL. TORO TOLOZA GONZALO, a folio 9, manifiesta que BACANO (VERGARA HERNANDEZ JORGE) le preguntó al DG. VELEZ FOTASOCA, que si tenía cargado el fusil, respuesta que fue negativa por parte del DG. VELEZ FOTASOCA, ALBERTO, y fue cuando VACANO, levantó el fusil y la disparó al DG. VELEZ FOTASOCA, hecho éste, que determina un gran comprometimiento por parte del SL. VERGARA HERNANDEZ JORGE al disparar, ya fuera con intención de matar, o no, al DG. VELEZ FOTASOCA, suponiendo como es lógico que el arma podría estar cargada, ya que tuvo el tiempo para desasegurarla para efectuar los disparos. Esta declaración contradice la del mismo homicida cuando ésta manifiesta que el DG. VELEZ FOTASOCA lo había desafiado para que se echaran plomo.

“3.— De acuerdo al Concepto Fiscal, emitido por el señor Mayor Ejecutivo y Segundo Comandante, estoy completamente de acuerdo con él, recomendación que acojo.

“Por lo expuesto anteriormente el Comandante del Batallón de Infantería No. 2 “SUCRE”, en uso de sus facultades legales ...”

“El señor Comandante de la Primera Brigada, con sede en la Ciudad de Tunja, en su calidad de Superior inmediato del Comandante del Batallón “Sucre” emitió concepto de segunda instancia de fecha 30 del mismo mes de octubre. En él acogió el fallo de primera instancia, pero en los considerandos de la providencia se pronunció así:

“1.— De las pruebas presentadas se deduce que el Soldado VERGARA HERNANDEZ JORGE tomó un fusil que no era el suyo y sin saber que estaba cargado hizo el amago de dispararle al Drogoneante VELEZ FOTASOCA ALBERTO produciéndose los disparos que le causaron la muerte a éste. Sobre el Soldado VERGARA HERNANDEZ JORGE pesa mucha responsabilidad ya que en el tiempo que llevaba prestando el servicio militar, la experiencia adquirida en misiones de Orden Público ya que los integrantes de esa Unidad Fundamental duraron seis meses en el área de Orden Público y el hecho innegable de la malicia que le pueda haber ya que sabían la prohibición y el peligro de jugar con las armas de fuego.

“2.— Según la declaración del Soldado TORO TOLOZA GONZALO manifiesta que BACANO (VERGARA HERNANDEZ JORGE) le preguntó al Drogoneante VELEZ FOTASOCA que si tenía cargado el fusil respuesta que fue negativa por parte del Dragoneante VELEZ, hecho éste que determina un gran comprometimiento por parte del Soldado VERGARA al disparar ya fuera con intención de matar o no al Dragoneante VELEZ suponiendo como es lógico que el arma podría estar cargada, ya que tuvo el tiempo para desasegurarla para efectuar los disparos. Esta declaración contradice la del mismo homicida cuando éste manifiesta que el Dragoneante VELEZ lo había desafiado para que se echaran plomo.

“3.— Este Comando acoge en todas sus partes el concepto emitido por el señor Fiscal y Fallador de Primera Instancia ...”

“8o.) Tanto en el fallo de primera instancia como en el de segunda, los falladores hacen hincapié en la “muchísima responsabilidad” que recaé sobre JORGE LUIS VERGARA HERNANDEZ, quien para el día de los hechos representaba las armas de la República en su condición de Soldado del Ejército en servicio activo, integrante de la Compañía Bolívar, del Batallón de Infantería Número 2 “Sucre”.

“Por la muerte del Dragoneante ALBERTO VELEZ FOTASOCA, el Comandante del Batallón Sucre, en su calidad de Juez de Primera Instancia, dispuso adelantar la correspondiente investigación penal. Así aparece en la parte resolutive de su fallo administrativo.

“9o.) El registro civil de defunción del Dragoneante ALBERTO VELEZ FOTASOCA, fue sentado en la Notaría Primera de Chiquinquirá, el 15 de julio de 1981.

“10.) Con motivo de la muerte violenta del Dragoneante ALBERTO VELEZ FOTASOCA, el señor Coronel Jefe de Estado Mayor de la Primera Brigada envió a la señora BLANCA FOTASOCA VIUDA DE VELEZ una nota de condolencia, cuya copia auténtica se anexa a esta demanda.

“11o.) El Ministerio de Defensa Nacional reconoció a la señora BLANCA ADELA FOTASOCA VIUDA DE VELEZ un seguro por la muerte de su hijo ALBERTO VELEZ FOTASOCA, que en ningún momento puede tenerse como suficiente para reparar los perjuicios materiales y morales causados a la familia VELEZ FOTASOCA, con motivo de los hechos que me he permitido narrar”. (fls. 11-13, C. 1.).

2o.— TRAMITE DE LA PRIMERA INSTANCIA. La demanda se admitió (fls. 23 del C. 1) y el auto admisorio se notificó al representante de la entidad demandada (fls. 32 del C. 1); ésta se vinculó al proceso por medio de apoderado especial, contestó la demanda, manifestó atenerse —en cuanto a los hechos—, a lo que se pruebe en el proceso, pidió pruebas e invocó, para razonar la defensa, una sentencia de esta Corporación del 10 de diciembre de 1982 sobre la indemnización a forfait (fls. 38, 39 y 40 del C. 1).

El Tribunal, en autos separados, decretó las pruebas solicitadas por las partes (fls. 1 de los cuadernos 2 y 3), para cuya práctica señaló un término de sesenta días, vencido el cual ordenó los traslados para alegar de conclusión.

El apoderado de la demandante guardó silencio; el de la Nación pide se denieguen las pretensiones de la demanda apoyándose en estos argumentos (fls. 45 a 49 del C. 1).

a) El Ministerio de Defensa le reconoció a la demandante la suma de \$225.000.00 como compensación legal por la muerte de su hijo, circunstancia que impide un nuevo reconocimiento, pues “De conformidad con el artículo 8o. del Decreto No. 2728 de 1968 la entidad demandada le dio cumplimiento al precepto que estipuló en su último inciso: “a la muerte de un soldado o grumete en servicio activo, por causas diferentes a las enunciadas anteriormente, sus beneficiarios tendrán derecho al reconocimiento

y pago de veinticuatro (24) meses del sueldo básico que en todo tiempo corresponda a un cabo segundo o marinero”. (fls. 46, C. 1.).

b) No hay falla del servicio, sino falta personal, en la comisión del homicidio, e imprudencia de la víctima.

c) La actora no probó los hechos constitutivos de la falla del servicio. La prueba trasladada del proceso penal es ineficaz por cuanto no se dio cumplimiento a los requisitos del art. 185 del C. de P.C.

El Fiscal del Tribunal dio su concepto favorable a las pretensiones de la demanda en estos términos:

“Se adelantó la investigación administrativa por parte de las autoridades militares, concluyendo que sobre el soldado VERGARA HERNANDEZ LUIS JORGE pesa dicha responsabilidad por la experiencia adquirida en misiones de orden público, tanto mas que los integrantes de esa unidad fundamental duraron seis meses en el área del orden público, y el hecho finalmente innegable de la malicia que le pueda caber por cuanto de sobra sabían la prohibición y el peligro de jugar con las armas de fuego”. (fl. 12).

“De acuerdo con la Constitución Nacional, las autoridades de la República están constituidas para proteger la vida, honra y bienes de los ciudadanos. Desde luego que los soldados que prestan el servicio militar son responsables desde el punto de vista administrativo y penal por los hechos que cometan durante el desempeño como soldados de la patria. Pero igualmente, la Nación es responsable de los perjuicios que pueda causar el desempeño de la prestación del servicio militar. Y no puede eximirse de responsabilidad a la Nación por falla en la prestación del servicio de garantizar la vida de todos los ciudadanos colombianos, incluyendo la de los soldados, sino cuando se demuestre que en la actuación se presentó un hecho fortuito o un caso mayor. Y en el caso que nos ocupa, se sabe y está demostrado que VELEZ FOTASOCA se encontraba en misión de orden público en el occidente de Boyacá cuando sorpresivamente, sin que mediara ningún hecho que obligara a tal comportamiento, su compañero de armas JORGE LUIS VERGARA HERNANDEZ disparó con un fusil causándole la muerte. En estas condiciones, no puede eximirse de responsabilidad a la Nación por la muerte causada por uno de sus agentes que estaba prestando el servicio militar al igual que su compañero.

“Tampoco puede tenerse como argumento el pago que se hiciera por mandato del art. 8 del Dto. 2228 de 1968, a los beneficiarios para no declarar responsable a la nación, porque en este caso, tenía que darse cumplimiento a la indemnización, al reconocimiento y pago de los

veinticuatro meses de sueldo básico que corresponda a Cabo Segundo. Este es un derecho consagrado en la ley a favor de los beneficiarios, pero que no impide la declaratoria de responsabilidad a la Nación. (fls. 50-52. C. 1.).

3o.— EL FALLO IMPUGNADO. Aunque bastante desordenado e impreciso, en lo fundamental el *a-quo* no encontró probada la falla del servicio y sí la culpa de la víctima; los apartes pertinentes dicen:

“6.1.— El matrimonio de BLANCA ADELA FOTASOCA con GERMAN VELEZ PEREZ, se comprueba con el registro civil de matrimonio a folio 2 Cuaderno uno. El fallecimiento de GERMAN VELEZ PEREZ, con el registro de defunción, folio 3. El nacimiento de ALBERTO VELEZ FOTASOCA, con el registro de matrimonio a folio 4, y su muerte acaecida el 11 de julio de 1981 encuentra su acreditación con el registro civil de defunción folio 5.

“6.2.— La calidad de militar de soldados de los señores LUIS VERGARA HERNANDEZ y ALBERTO VELEZ FOTASOCA, se comprueba con la tarjeta de incorporación visible a folio 9 vto. del cuaderno de prueba de la parte actora y con la constancia de su calidad militar expedida por el jefe de personal del Batallón de Infantería No. 2 SUCRE.

Por lo que respecta a ALBERTO VELEZ FOTASOCA su tarjeta de incorporación al servicio militar aparece a folio 13 vto y la constancia de su calidad de militar en el batallón SUCRE para el 11 de julio de 1981 día de su muerte, se encuentra a folio 15 del cuaderno de pruebas de la parte demandante.

“6.3.— Ha de advertirse que a pesar de haberse decretado la recepción de los testimonios de JOSE CONCEPCION NOVA Y EDUARDO MARTINEZ (folio 1 del cuaderno 2) y de haberse cumplido la comisión, tales pruebas no se recibieron porque los declarantes no concurrieron, según constancia visible a folio 68.

En cambio se dio cabal cumplimiento al ordenamiento de pruebas solicitadas en el numeral 3o. del auto de 12 de junio de 1985.

“6.4.— Se allegó como prueba el proceso penal que adelantó la justicia castrense en averiguación de la muerte de ALBERTO VELEZ FOTASOCA. De esa actuación se extraen las siguientes pruebas:

— Acta de levantamiento del cadáver de fecha 12 de julio de 1981 en la que se dejó constancia de las heridas que presentaba el cadáver de la siguiente manera “Una herida en la espalda costado derecho, al parecer de entrada, una herida a la altura de la tetilla derecha al parecer de

entrada, una herida en el antebrazo izquierdo”. Más adelante el acta consigna lo siguiente: “Las heridas en el antebrazo del lado izquierdo estas heridas al parecer fueron causadas con arma de fuego”.

— La indagatoria de JORGE LUIS VERGARA HERNANDEZ folio 18 del proceso penal en fotocopias contiene la siguiente narración de lo que sucedió el 11 de julio de 1981 en un sitio cercano al municipio de Quipama: “Llegamos ahí y mi cabo GONZALEZ nos hizo formar a todos (palabra ilegible) íbamos sección: después de formarnos mi cabo sacó los dos (sic) que íbamos a hacer ls. (sic) comida caliente, o sea el soldado VERGARA NAVARRO JULIO, corrijo VERGARA NAVARRO JULIO ERNESTO y a mi persona; nosotros salimos de la fila y fuimos y nos desequipamos y yo me fui a prender la candela, después que prendí la candela estaba acuncliyado pelando unos plátanos ahí y hablando con los otros soldados que estaban hablando ahí de unas viejas que habíamos conocido por allá en otra base cuando llegó el difunto, o sea el dragoneante VELEZ FOTASOCA a molestar, a cansar ahí con los que habíamos; ahí estaba el soldado VARGAS SANTIAGO, y el soldado SANCHEZ (nombre ilegible), el soldado TORO TOLOSA y el soldado VERGARA NAVARRO JULIO en ese momento había salido; cuando llegó y me dijo que si nos dábamos plomo, él llegó a cansar ahí y me dijo que si nos dábamos plomo, esto fue por parte del soldado VELEZ FOTASOCA, entonces yo le dije que no que por qué y entonces me dijo que yo lo tenía intrigado, no se porque dijo eso, se corrige, no se porque me diría eso; entonces yo me paré de donde estaba acuncliyado y le pregunté que por qué y me dijo que era que yo lo tenía intrigado y cuando el me dijo así yo llegué y me paré y me quedé mirándolo dudoso de lo que estaba diciendo, cuando yo lo estaba mirando llegó él terció el fusil y me dijo vamos, a lo que él lo terció yo tercié el mío también, a lo que yo lo tenía terciado él llegó y lo sacó adelante apuntándome mas o menos a la cabeza y me dijo que me despidiera, y a lo que me dijo así, a mi me dio miedo y se me fue el dedo”.

“Frente a esta indagatoria miremos las declaraciones juramentadas de quienes presenciaron los hechos en los cuales perdió la vida el soldado ALBERTO VELEZ FOTASOCA; a folio 23 declara el comandante de la patrulla EMERSON GONZALEZ MORA. Este ciudadano no fue testigo directo de los hechos porque cuando sucedieron él se encontraba en sitio distinto en donde solamente logró oír los disparos; después de noticiarse acerca de lo sucedido capturó al homicida.

“A folios 26 declaró SEGUNDO GALVIS, quien el día de los hechos estaba en compañía de los integrantes de la patrulla a la que pertenecía el homicida y el soldado ALBERTO VELEZ FOTASOCA. Al igual que el anterior se encontraba en sitio distinto y solamente pudo oír los dis-

paros, de manera que su narración hace referencia a los momentos posteriores de la muerte del soldado VELEZ FOTASOCA.

“A folio 29 declaró el soldado CARLOS VARGAS SANTIAGO quien a pesar de encontrarse en sitio muy próximo a aquél en el que se encontraban los protagonistas de este insuceso, estaba dándoles la espalda y distraído, de manera que su declaración se refiere únicamente a que los oyó conversar sobre mujeres.

“A folio 33 declaró el soldado GONZALO TORO TOLOSA quien se expresa de la siguiente manera: “... Ya el soldado VERGARA HERNANDEZ JORGE estaba agachado pelando unos plátanos y ahí fue cuando llegó el dragoneante VELEZ FOTASOCA ALBERTO y cogieron a hablar sobre unas peladas, o sea sobre mujeres; como yo estaba prestándoles seguridad y estaba de espaldas me voltié a ver que era lo que hablaban, ellos terminaron allí y fue cuando FOTASOCA le dijo a VERGARA HERNANDEZ, dónde tiene su fusil y el le dijo aquí lo tengo, entonces él le dijo, lo tiene cargado él le constestó sí, y él le preguntó o sea a VELEZ ¿usted no ha descargado? y él dijo no; entonces FOTASOCA dijo yo ya descargué y FOTASOCA le dijo a VERGARA entonces qué BACANO, porque a VERGARA le decían “BACANO”; ¿nos vamos a dar plomo? y VERGARA le dijo pues Usted lo tiene cargado, FOTASOCA le dijo me falta sino carga; fue cuando VERGARA cogió el fusil y le dijo ya pa pa esa (sic) y fue cuando FOTASOCA fue a alzar el fusil y fue cuando VERGARA HERNANDEZ le disparó”.

“Más adelante el testigo agregó a su versión de que entre los dos contendores no hubo discusión violenta sino solamente palabras dando explicación de que lo que siempre pasaba era que VELEZ FOTASOCA tenía la costumbre de chancearse (sic) con el fusil con cualquier soldado, relatando que en alguna oportunidad había tenido una experiencia en tal sentido en la que VELEZ le había apuntado con el fusil a la cabeza.

“Posteriormente afirma que la causa de lo ocurrido era por “estar jugando y chanceándose con armas, porque por otra cosa no puede ser como ya dije eran buenos compañeros”.

“6.5.— Cual es la convicción que puede formarse un juzgador después de analizar en conjunto tanto la indagatoria del homicida VERGARA HERNANDEZ como las declaraciones de quienes presenciaron a muy corta distancia unos y otros en forma directa lo que ocurrió.

Es cierto que al final de una misión de patrullaje llegó un grupo de soldados a pernoctar en un paraje rural de una vereda del Municipio de

Quípama y que distribuidos los oficios a varios soldados les correspondió dedicarse a la cocina mientras otros prestaban la vigilancia adecuada. De improviso y posiblemente siguiendo la que lo caracterizaba ALBERTO VELEZ FOTASOCA le dijo a JORGE VERGARA HERNANDEZ, su compañero de armas que "Sí se daban plomo", realizando así otras de sus chanzas; lo cierto fue que a esa actitud respondió VERGARA preguntándole que si tenía cargado el fusil y como ambos continuaron en la misma tónica, se llegó a un momento en que el soldado VERGARA sintió miedo por el comportamiento de VELEZ y le disparó su fusil, causándole la muerte.

"De manera que en conclusión se puede llegar a afirmar que la muerte del soldado VELEZ FOTASOCA fue causada por un compañero de armas, quien prestaba el servicio militar obligatorio en el lugar y fecha ya conocidos.

Pero, puede afirmarse que la conducta homicida generadora del daño, realizada por un agente del estado, responsabiliza a la Nación Ministerio de Defensa Nacional de la cual era su agente.

El Art. 16. de la Constitución Nacional señala que uno de los deberes sociales del estado es el de prestar a la colectividad servicios públicos eficientes.

Al no cumplir el Estado con esta disposición, por omisión, retardo o inadecuada prestación, surge la obligación de reparar el daño causado. En el caso que juzgamos la responsabilidad del Estado surge de la noción de la falla en el servicio Público por parte de JORGE VERGARA HERNANDEZ.

"Puede llegarse a la conclusión de acuerdo con las pruebas que obran al proceso que el daño ocasionado se produjo con ocasión de la prestación del servicio militar al que obligadamente se vinculó a JORGE VERGARA HERNANDEZ.

"El conjunto testimonial proveniente de los integrantes de la patrulla que prestaba el servicio militar en la región de Quípama el 11 de julio de 1981, otorga a esta Sala la convicción de que los hechos tuvieron ocurrencia al finalizar el día ya conocido. Se dedicaban los militares a preparar la comida, cumpliendo los reglamentos militares en cuanto a seguridad, de suerte que mientras unos cumplían la misión de vigilar los otros se dedicaban al descanso y tres de ellos a preparar los alimentos. En un momento dado vino a repetirse lo que era costumbre en el soldado dragoneante ALBERTO VELEZ FOTASOCA, que era lo que se llamaba en la jerga de soldados "vino a cansar", proceder consistente en mostrarle su fusil al compañero, diciéndole en cierto tono "que si se

daban plomo”, con tan mala suerte que esa tarde lo que antes se podía considerar una chanza de mal gusto, tuvo la significación para VERGARA HERNANDEZ de una situación de peligro, que según su afirmación le produjo miedo y motivó el uso de su arma con la consecuencia de la muerte de su compañero.

“La afirmación del testigo GONZALO TORO TOLOSA ubica a VELEZ FOTASOCA llegándo al lugar donde estaba VERGARA HERNANDEZ en menesteres de la cocina y que entablaron una conversación sobre mujeres, que luego se refirió a sí tenía descargada el arma y que de improviso cuando FOTASOCA fue a alcanzar el fusil VERGARA le disparó.

“Es concluyente el testigo cuando afirma que todo ocurrió “por estar jugando y chanceándose” “con las armas porque por otra cosa no pudo ser porque como ya dije eran buenos compañeros”.

— Todo lo anterior está indicando que el hecho homicida tuvo ocurrencia por fuera de la prestación del servicio militar que les correspondía al hizada (sic) y a la víctima. (fls. 67 – 72)

Luego de transcribir algunos conceptos del profesor Antonio de Irisarri, continua:

“De otra parte, del examen probatorio que alude el contexto del proceso, es inculcable que la conducta de la víctima se presentó como un elemento con relevancia fáctica para el desencadenamiento nefasto del hecho; los testimonios directos, y aún los de aquellas personas que fueron compañeras del occiso durante el lapso que cumplía su servicio militar, son unánimes en manifestar que VELEZ FOTASOCA, era un individuo dado a ejecutar bromas con las armas, descargadas o no, en actitudes aparentemente amenazantes sobre el resto de soldados.

“Por otro lado resulta evidente que sobre el precedente presupuesto, el resultado generador de las indemnizaciones y condenas reclamadas encuentra nexo causal en la conducta temeraria de la víctima. Es decir, de no haber mediado el comportamiento temerario del fallecido, el que por lo demás habrá de observarse a la luz de las condiciones concretas de alteración emocional, que por razón de las tareas de orden público vivía el destacamento, sin duda, no se habría originado la respuesta homicida que describió el soldado imputado, y sin ella tampoco el daño reclamado.

En suma, el nexo causal entre el daño causado y el servicio que constituye uno de los elementos axiológicos de la responsabilidad estatal, no se encuentra en el caso *sub-lite*, en una pretendida falla en el servicio,

por el contrario, la causa de la tragedia y por ende del daño reside en importante medida en la culpa de la víctima.

Menciona los presupuestos fácticos de la responsabilidad del Estado y finaliza:

“En el evento de establecerse la residencia del elemento causal del daño, por fuera de la categoría del servicio público aunque, fácticamente éste resulte comprometido, aparece indudable que la responsabilidad estatal se torna extraña, indeclarable, conforme sucede en el caso que nos ocupa.

“De esta manera, La Sala concluye, como otro fundamento del fallo que en el plenario resultó además establecido la carencia de uno de los elementos axiológicos de la Responsabilidad pública, circunstancia que incide también para determinar el fracaso de la acción.

“En resumen, probado como está, que los hechos originadores del daño tuvieron ocurrencia en actos fuera del servicio o desprovistos de conexión con él, debe sobrevenir el fallo absolutorio. (fls. 75, C. 1).

4o.— EL RECURSO DE APELACION. El apelante solicita se revoque la decisión del *a-quo* y se acceda a las pretensiones de la demanda; razona con esta lógica:

“El deceso de este soldado originó una investigación disciplinaria por parte de las autoridades militares, las que concluyeron que “sobre el soldado José Luis Vergara Hernández existía responsabilidad por cuanto éste había adquirido experiencia suficiente en misiones de orden público, tanto más que los integrantes de esa unidad fundamental duraron seis meses en el área de orden público y el hecho finalmente innegable de la malicia que le pueda caber por cuanto de sobre sabían las prohibiciones y el peligro de jugar con las armas de fuego. (f. 12).

“También se adelantó proceso penal que culminó con sentencia condenatoria de doce meses de prisión y las accesorias, el 30 de octubre de 1983 (fl. 142-2). La determinación se consuló (sic) con el Tribunal Militar, pero en este proceso administrativo sólo se conoce el concepto del Fiscal solicitando confirmación para la sentencia.

“Estos dos procesos, disciplinarios y penal, en los cuales se dedujo responsabilidad al soldado JORGE LUIS VERGARA HERNANDEZ, no se tuvieron en cuenta en el análisis de la prueba al momento de emitir la sentencia recurrida. En ésta se recoge el testimonio de Gonzálo Toro Tolosa (soldado), según el cual, VELEZ FOTASOCA “vino a cansar” a manifestar que “si se daban plomo, era su costumbre chancéarse”

(f. 33); y la indagatoria del homicida en cuanto expresó que el hoy occiso "me apuntó a la cabeza, y me dijo que me despidiera y a lo que me dijo así, a mi me dió miedo y se me fue el dedo". (fl. 18), para preguntarse el Honorable Tribunal "cual es la convicción que puede formarse un juzgador después de analizar en conjunto tanto la indagatoria del homicida Vergara Herández como las declaraciones de quienes presenciaron a muy corta distancia unos y otros en forma directa lo que ocurrió?" (fl. 70). Y mas adelante, sienta esta categórica conclusión que, como lo veremos, no corresponde al sentido de la responsabilidad estatal por hechos de sus agentes, al sostener "todo ocurrió por estar jugando y chanceándose con las armas porque por otra cosa no pudo ser porque como ya se dijo eran buenos compañeros. Todo lo anterior nos está indicando que el hecho homicida tuvo ocurrencia por fuera del servicio militar que le correspondía al hizada (sic) y a la víctima".

"Con estos argumentos se absuelve a la nación por la responsabilidad que pudiera tener en la muerte del soldado ALBERTO VELEZ FOTASOCA.

"II. RESPONSABILIDAD DE LA NACION

"Tradicionalmente se han establecido como elementos de la responsabilidad de la nación por el hecho o falta de sus agentes los siguientes:

"1o.— Hecho generador de la falla o falta del servicio o de la administración;

"2o.— El daño cierto, determinado o determinable que implique lesión o perturbación de un bien protegido por el derecho; y

"3o.— La relación de causalidad entre el primero y el segundo.

"En este proceso la falla del servicio se hace consistir en la utilización de un arma de dotación oficial para causar la muerte del soldado ALBERTO VELEZ FOTASOCA.

"Evidentemente, en el proceso existe constancia sobre el arma que disparar (sic) el soldado VERGARA HERNANDEZ contra su compañero VELEZ FOTASOCA. Se trata de un fusil B 3 calibre 762 No. 31149 (fl. 69-2). Además de esta asignación existe el peritazgo sobre el fusil y dos vainillas (fl. 74-2) que no deja lugar a duda que con esta arma se produjo la muerte del infortunado soldado VELEZ FOTASOCA. Pero es el propio VERGARA HERNANDEZ el que en su indagatoria manifiesta que ese día "Teníamos cien cartuchos de dotación cada uno yo tenía a mi dotación completa, hasta ese momento que se dispararon dos". (fl. 20-2).

“Con un arma de dotación oficial; y cuando se encontraba en servicio, se privó de la vida a VELEZ FOTASOCA, porque desde ahora debe manifestarse que el hecho de que hubiesen cesado la marcha para pernoctar no significa que en este momento y mientras durara el descanso nocturno, el arma con que se causó la muerte dejara de ser oficial o el soldado que la produjo hubiera cesado en la prestación del servicio militar.

“El primer elemento de la responsabilidad surge nítido, en concepto de este Agente del Ministerio Público. Esto nos lleva a contestar afirmativamente la pregunta que se formula inexplicablemente el Tribunal, “de acuerdo a las pruebas que obran al proceso, ¿puede concluirse que el daño ocasionado se produjo con ocasión del servicio militar al que obligatoriamente se vinculó a Jorge Vergara?”.

“No puede desvincularse la falla en la prestación del servicio del arma de dotación oficial, elemento éste que no fue tenido en cuenta en el análisis realizado en la sentencia que impugnamos y sobre el cual el Honorable Consejo de Estado en sentencia del 2 de mayo de 1978, con ponencia de Carlos Betancur Jaramillo, acogiendo el concepto de León Blum, manifestó: “Que si la falta personal ha sido cometida con ocasión del servicio si los medios y los instrumentos de la falta han sido puestos por el servicio a disposición del culpable si la víctima ha sido puesta en presencia del culpable, por efecto del servicio, si en una palabra, el servicio ha condicionado la ejecución de la falta o la producción de la falla con consecuencias dañinas respecto de individuo determinado el Juez Administrativo podrá y deberá decir: la falta se separa quizá del servicio, pero el servicio no se separa de la falta”.

“Y precisamente hemos anotado que el estado entregó un determinado fusil al soldado VERGARA HERNANDEZ para que lo utilizara de acuerdo con el reglamento militar mientras estuviese prestando el servicio pero no para que lo empleara para segar la vida de su compañero de armas VELEZ FOTASOCA.

“Pero además, de acuerdo con el razonamiento anterior, podríamos simplemente preguntarnos si la muerte de ALBERTO VELEZ FOTASOCA se hubiese producido en aquél infausto día, en horas de la noche, si el estado no hubiese colocado en manos de Vergara Hernández el arma con que le produjo la muerte. La respuesta necesariamente nos lleva a manifestar que esta circunstancia hace que el Estado sea responsable de la muerte del soldado ALBERTO VELEZ FOTASOCA.

“Y no puede sostenerse como lo hizo el Tribunal, que todo ocurrió “por estar jugando y chanceándose con las armas” para de este análisis unilateral, deducir que no hubo falla del servicio puesto que, si bien;

en aras de discusión y creyendo en el testimonio de Gonzalo Toro pudiera pensarse que si los hechos se desarrollaron de la manera indicada, de parte del superior inmediato, el Comandante de la Patrulla, hubo una falta de cuidado, de vigilancia sobre la conducta de los soldados que se le había confiado, que permitió que jugaran y se chancearan con las armas, con la trágica consecuencia conocida. Pero jugar y chancearse con armas oficiales es de por sí un riesgo que no lo permite el reglamento militar y por consiguiente, hay aquí también un elemento del cual se deduce la responsabilidad de la nación en la muerte de este soldado. Por ende, no puede deducirse de esta circunstancia que el hecho hubiese ocurrido por fuera del servicio militar.

“Y entonces, como existe la constancia de su condición de militar de JORGE LUIS VERGARA HERNANDEZ para el día 11 de julio de 1981 (fl. 11), debe concluirse que evidentemente, en este caso el empleo de un arma oficial sin justificación alguna en la producción de la muerte de ALBERTO VELEZ FOTASOCA hace responsable a la Nación Colombiana, por lo cual deberá indemnizar los perjuicios materiales y morales causados con su muerte.

“Y en cuanto al daño causado, se encuentra el acta de levantamiento del cadáver que presenta una herida en la espalda costado derecho, al parecer de entrada, una herida a la altura de la tetilla derecha al parecer de entrada, una herida en el antebrazo izquierdo causada por arma de fuego; y la necropsia. (fl. 37).

“De los derechos protegidos por la Constitución y la Ley, en primer lugar se encuentra el derecho a la vida. Esta no puede troncharse en la espesura de la selva en cumplimiento del servicio militar, utilizando indebida e injustificadamente un arma de dotación oficial. La muerte del soldado no se produjo en combates contra quienes pretenden subvertir el orden constitucional, ni en defensa de la propia vida, como lo demuestra la sentencia condenatoria que se profiriera contra el soldado VERGARA HERNANDEZ para deducir la responsabilidad penal por este homicidio, ni por desobedecimiento a órdenes de captura o de alto que implicaran un riesgo para la vida del soldado VERGARA HERNANDEZ, es decir, la muerte de VELEZ FOTASOCA y el daño causado a su familia por su temprana desaparición no tiene justificación de ninguna naturaleza. La familia entregó a la patria una vida para que defendiera las instituciones democráticas y recibió de éstas recompensa, un cadáver.

“Y resulta igualmente obvia la relación de causalidad entre la falla del servicio y la muerte del soldado VELEZ FOTASOCA, pues ya hemos indicado que con un fusil de dotación oficial, por un soldado que se encontraba prestando el servicio militar, se produjo la muerte sin jus-

tificación alguna, por fuera de todo reglamento militar, del soldado VELEZ FOTASOCA". (fls. 84-88, C. 1.).

5o.— LOS ALEGATOS DE CONCLUSION EN LA SEGUNDA INSTANCIA. La mandataria judicial de la Nación pide se confirme la sentencia recurrida; para ello insiste en la culpa de la víctima y en la culpa personal del agente productor del daño (fls. 94 y 95 del C. 1.).

El apoderado de la actora coadyuva el recurso propuesto por el Fiscal y manifiesta que, en este caso, las solas causales de exoneración de la responsabilidad patrimonial del Estado serían la fuerza mayor, el caso fortuito, "o una actuación propia de la prestación del servicio militar como sería un enfrentamiento con el enemigo", ninguna de las cuales aparece probada; en apoyo a su tesis, cita las sentencias de esta corporación del 28 de abril y 31 de julio de 1989.

6o.— EL CONCEPTO FISCAL. La sra. fiscal segundo de la Corporación, Dra. EDNE COHEN DAZA solicita se revoque la sentencia apelada y se condene a la Nación al pago de los perjuicios morales en favor de la demandante. A esa conclusión la conducen razonamientos de este orden:

"Se desprende de las pruebas, que tanto la víctima como su victimario, los soldados ALBERTO VELEZ FOTASOCA y JORGE LUIS VERGARA HERNANDEZ, se hallaban en misión de orden público en el occidente de Boyacá y que en la oportunidad en que tuvo ocurrencia el accidente materia de investigación en este proceso, se dedicaban a realizar labores que les habían sido asignadas por el Comandante del grupo.

"El planteamiento del Tribunal, relativo a que el accidente ocurrió por culpa de la víctima en razón de la costumbre que tenía de chancarse con las armas, no es de recibo. Para la Fiscalía no es traducible tal hecho en una incitación real a que le dispararan, menos cuando tal actitud era conocida ampliamente por sus compañeros y demás integrantes de la patrulla tal como se deduce de las versiones de los uniformados que declararon en tal sentido. Mas exacto sería tildar el proceder de VELEZ FOTASOCA como un acto de desacato al régimen interno de la Institución, permitido por sus superiores, quienes no obstante la prohibición existente al respecto, así como el peligro y la indisciplina que dicha actitud representaba, fueron permisivos y negligentes al tolerarla. Si oportunamente se hubieran impuesto los correctivos necesarios, el hecho que originó este proceso, jamás hubiera sucedido.

"Así que ha de descartarse la culpa de la víctima. La muerte de VELEZ FOTASOCA fue ocasionada por uno de sus compañeros durante la

jornada de servicio, riesgo que no encaja dentro de los previstos como normales e inherentes a la prestación del mismo; el disparo que lo hirió mortalmente procedía del arma de dotación del soldado portador de la misma y fue hecho sin que existiera para ello justificación; circunstancias que se unen para respaldar la certidumbre de que existió una falla en el servicio, derivada de la falta de previsión de la Entidad demandada al no vigilar, e instruir adecuadamente al personal bajo su mando y responsabilidad respecto al adecuado uso de sus armas y el celo y cuidado que ha de observarse en su manejo y utilización. Surge de esta forma el indispensable nexo de causalidad entre el daño ocasionado y la falla o falta del servicio, elementos que convergen para que se declare la responsabilidad de la Nación – Ministerio de Defensa Nacional, por la muerte del soldado ALBERTO VELEZ FOTASOCA, debiendo en consecuencia el Estado reconocerle a la actora, señora BLANCA FOTASOCA DE VELEZ en su condición, debidamente acreditada en el proceso, de madre de la víctima, los perjuicios morales a que tiene derecho.

“Por falta de pruebas, la condena no prospera en cuanto hace relación a los perjuicios materiales, toda vez que no existe en el expediente ningún elemento de juicio que evidencie que la actora dependía económicamente en todo o en parte, del trabajo de su hijo ALBERTO VELEZ FOTASOCA. Además los testimonios que por dicho concepto se solicitaron en la demanda (fl. 18), no se recepcionaron en razón a que los citados no concurrieron para la práctica de la diligencia. (fls. 135-136, C. 1.).

CONSIDERACIONES DE LA SALA

A) La demandante demuestra ser la madre de ALBERTO VELEZ FOTASOCA con el acta de registro del nacimiento que obra a fls. 4 del cuaderno 1.

B) La muerte del joven VELEZ FOTASOCA está igualmente probada con el registro civil de defunción fls. 5 del C. 1.

C) Para el 11 de julio de 1989, fecha de su muerte, VELEZ FOTASOCA se encontraba prestando el servicio militar obligatorio en la Compañía “Bolívar”, del Batallón de Infantería No. 2, “SUCRE”, según lo atestigua el Jefe de Personal de esa institución (fls. 15 del C. 3) y la tarjeta de incorporación correspondiente al código 8006283 (fl. 13).

D) Para la misma fecha, JORGE LUIS VERGARA HERNANDEZ se encontraba cumpliendo el servicio militar obligatorio, en el mismo batallón, en la compañía “comando”. (fls. 9, 10 y 11 del C. 3).

E) La muerte de VELEZ FOTASOCA se produjo por anemia aguda, de acuerdo con el acta de la necropsia practicada al cadáver que expresa:

“Se encontró un cadáver de un hombre en 1o. grado de descomposición, el cual presentaba las siguientes lesiones:

“1o. Herida de arma de fuego sobre el borde cubital del 5o. metatarsiano izquierdo con fractura de los huesos metacarpiano, escafoides, cúbito y radio izquierdos. El proyectil salió del cuerpo sobre el tercio medio, cara dorsal del antebrazo izquierdo.

“2o. Herida de arma de fuego sobre el hipocondrio derecho. El proyectil produjo heridas en el hígado, el diafragma, el corazón, el pulmón izquierdo y salió del cuerpo sobre el 7o. Espacio Intercostal Izquierdo con Línea Axilar anterior.

“3o. Herida de arma de fuego sobre la región escapular derecha. El proyectil produjo herida de ambos pulmones y la aorta torácica y salió del cuerpo sobre el 6o. Espacio Intercostal Izquierdo con línea Axilar posterior.

“4o. Múltiples heridas puntiformes por pólvora en la cara anterior del tórax.

“5. Huellas de pólvora en los orificios de entrada.

“Causa de la muerte; Anemia aguda”. (fls. 37 y 38 del C. 3).

F) El soldado JORGE LUIS VERGARA HERNANDEZ fue el causante de dichas heridas y, por consiguiente de la muerte de su compañero, para lo cual hizo uso de su arma de dotación, un fusil G-3, Cal 7, 62, No. 31149 (fls. 69 del C. 3.), según lo demuestran los siguientes medios de prueba:

1o.— El acta de levantamiento del cadáver que recoge la información suministrada por el Sargento Segundo MARCOS ARDILA MATEUS. (fls. 5 del C. 3).

2o.— Los testimonios recaudados en el proceso penal, y la declaración de indagatoria rendida por el sindicado en el mismo proceso.

Aunque escaso, este material probatorio permite concluir con certeza que la muerte de Vélez Fotasoca ocurrió en estas absurdas circunstancias: El 11 de julio de 1981, la Patrulla a la cual pertenecía el soldado muerto, al final de una operación militar, debía pernoctar en una zona rural del Municipio de Quipama; distribuidas las diversas tareas propias de las funciones que cumplían y de las circunstancias particulares del momento, el muerto hizo

SECCION TERCERA

una broma fuerte, como era su estilo, a su compañero JORGE VERGARA HERNANDEZ, quien, asustado, disparó su arma causando la muerte que ahora fundamenta este proceso.

Que la conducta de Vergara fue precipitada e imprudente, es asunto que fluye con claridad del expediente; en efecto, su reacción no se compadece con el conocimiento que él y todos sus compañeros de armas tenían respecto del tipo de bromas, torpes también, que estilaba el difunto.

por otra parte, para casos como el que se juzga, la Sala ha insistido en la deducción de la responsabilidad estatal con fundamento en la presunción de la falla del servicio, fenómeno que tiene la virtualidad de invertir la carga de la prueba para dejarla de cuenta de la entidad demandada. En estas condiciones, mientras que normalmente corresponde al actor demostrar la existencia de una falla del servicio imputable al Estado, el daño o perjuicio reclamado; y el nexo causal que vincula esos dos extremos, en el régimen de la falla presunta le basta con probar los hechos causantes del daño, la existencia de este último y la relación causa-efecto existente entre los primeros y el último; en cambio será de cargo del Estado aportar la prueba de la inexistencia de falla del servicio para exonerarse de la responsabilidad y de la consiguiente indemnización.

Esta doctrina adquiere mayor relevancia si se considera que, en fin de fines, el servicio militar que, por mandamiento legal debe prestar todo colombiano varón, es una carga social que, salvo su naturaleza, no difiere de las demás cargas con que se debe contribuir al sostenimiento del Estado; cuando dicha carga, legalmente establecida en un período de tiempo que se ha de entregar al servicio del Estado, rompe esas barreras para trocarse en la entrega de la vida, no hay duda de la ruptura del principio de igualdad que debe orientar la distribución equilibrada de las cargas públicas entre los asociados, haciendo excepcionalmente oneroso el fardo que debe soportar uno de ellos; por eso, a la luz de nuestro ordenamiento positivo (artículos 13, 2o. y preámbulo de la Constitución Política), es necesario restablecer el equilibrio perdido ordenando en favor de la víctima la indemnización correspondiente.

Se reconocerá por consiguiente, el daño moral en favor de la madre del joven muerto, daño que para estos casos la jurisprudencia presume y estima en el equivalente en pesos de 1.000 gramos de oro puro; sin embargo, como en el expediente aparece copia de la Resolución No. 368 del 25 de febrero de 1982, por medio de la cual se reconoce en favor de la demandante la suma de \$150.000.00, como compensación por la muerte de su hijo, este valor deberá descontarse del total de la indemnización al momento del pago, si tal reconocimiento se hizo efectivo.

El perjuicio material no se probó.

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:

1o.) REVOCASE la sentencia apelada y, en su lugar SE DECLARA que la Nación Colombiana Ministerio de Defensa, es responsable de los perjuicios morales causados a BLANCA ADELA FOTASOCA VDA. DE VELEZ, por la muerte de su hijo ALBERTO VELEZ FOTASOCA.

2o.) Por consecuencia, SE CONDENA a la NACION Ministerio de Defensa a pagar, en favor de BLANCA ADELA FOTASOCA VDA. DE VELEZ, la suma equivalente, en moneda nacional de 1.000 gramos de oro, al precio que certifique el Banco de la República para la fecha de ejecutoria de este fallo, con los descuentos establecidos en la parte motiva del mismo, si hay lugar a hacerlos.

3o.) Niegáanse las demás pretensiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y devuélvase al Tribunal.

Se deja constancia que esta providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de fecha octubre dieciocho (18) de mil novecientos noventa y uno (1991).

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

CULPA DE LA VICTIMA—Características

Para que la culpa de la víctima se tipifique se deben dar los siguientes elementos: a) Una relación causal entre el hecho de la víctima y el daño. Si la víctima no contribuye en alguna forma a la producción del evento perjudicial, su conducta no puede tener repercusiones en el campo de la responsabilidad; b) El hecho de la víctima debe ser extraño y no imputable al ofensor, y c) debe ser ilícito y culpable. Cualquier circunstancia particular del caso no puede aceptarse como hecho de la víctima, pues se corre el riesgo de pecar por informalidad jurídica en la aplicación de la ley y el derecho, al caso concreto.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Santafé de Bogotá, D.C. octubre diecisiete (17) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Doctor Julio César Uribe Acosta.*

Referencia: Expediente No. 6644. Actor: Custodio Villamizar Jaimes y Otros. Demandado: La Nación Ministerio de Defensa.

— 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 once (11) de febrero de mil novecientos noventa y uno (1991) proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, que en su parte resolutive DISPUSO:

“Primero: DECLARASE administrativamente responsable a la NACION POLICIA NACIONAL, de los perjuicios materiales y morales ocasionados a los demandantes CUSTODIO VILLAMIZAR JAIMES, MARIA TERESA HERRERA DE VILLAMIZAR, EVELIA BUSTOS DE VILLAMIZAR y MIGUEL ANDRES VILLAMIZAR BUSTOS, a consecuencia de la muerte de MIGUEL ANGEL VILLAMIZAR HERRERA, en hechos ocurridos la noche del primero de mayo de 1987 en la Subestación de Policía del Municipio de Chimá (Sder), atribuida al agente de la Policía Nacional LIRIO PEÑA ZUÑIGA.

“Segundo: CONDENAR a la NACION POLICIA NACIONAL a pagar a los demandantes por concepto de PERJUICIOS MATERIALES, las siguientes sumas: a EVELIA BUSTOS DE VILLAMIZAR, la cantidad de TRES MILLONES OCHOCIENTOS NOVENTA Y DOS MIL OCHENTA PESOS CON 44/100 (\$3.892.080,44); a MIGUEL ANDRES VILLAMIZAR BUSTOS, la cantidad de UN MILLON TRESCIENTOS ONCE MIL DOSCIENTOS VEINTINUEVE PESOS CON 08/100 (\$1.311.229,08) a través de quien legalmente represente sus derechos; a CUSTODIO VILLAMIZAR JAIMES, la suma de SETECIENTOS CUARENTA Y OCHO MIL TRESCIENTOS OCHENTA Y OCHO PESOS CON 60/100 (\$748.388,60) a MARIA TERESA HERRERA DE VILLAMIZAR, la suma de SETECIENTOS SETENTA Y SEIS MIL OCHOCIENTOS VEINTISIETE PESOS CON 74/100 (\$776.827,74).

“Tercero: CONDENAR a la NACION –POLICIA NACIONAL– a pagar a cada uno de los demandantes EVELIA BUSTOS DE VILLAMIZAR, MIGUEL ANDRES VILLAMIZAR BUSTOS, CUSTODIO VILLAMIZAR JAIMES y MARIA TERESA HERRERA DE VILLAMIZAR, por concepto de PERJUICIOS MORALES, el valor equivalente a trescientos (300) gramos de oro, al precio que certifique el Banco de la República a la fecha de ejecutoria de este fallo.

“Cuarto: Deniéganse las demás pretensiones de la demanda.

“Quinto: La NACION –POLICIA NACIONAL– dará cumplimiento a esta sentencia dentro de los términos consagrados en el Art. 176 y s.s. del C.C.A. (fls. 288-289, cuaderno principal).

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

“A través de apoderado legalmente constituido y en ejercicio de la acción de reparación directa, acuden al Tribunal CUSTODIO VILLAMIZAR JAIMES, MARIA TERESA HERRERA DE VILLAMIZAR,

EVELIA VILLAMIZAR, MIGUEL ANDRES VILLAMIZAR BUSTOS y los hermanos MARCOS FIDEL, ANTONIO MARIA, CESAR AURELIO, CARMEN ELISA, JUAN DE JESUS, FLOR ESTER y MATILDE VILLAMIZAR HERRERA, a formular demanda contra la NACION —Policía Nacional—, para que previos los trámites procesales de rigor se declare administrativamente responsable a la entidad territorial demandada de la totalidad de los perjuicios ocasionados a los demandantes como consecuencia de la muerte violenta de MIGUEL ANGEL VILLAMIZAR HERRERA, en hechos ocurridos la noche del primero de mayo de 1987 en la Subestación de Policía del Municipio de Chima (S) atribuida al Agente de la Policía LIRIO PEÑA ZUÑIGA, y se condene a pagar los daños patrimoniales por concepto de daño emergente y lucro cesante actualizados teniendo en cuenta el incremento de Índice de Precios al Consumidor a los cuatro demandantes primeramente citados, y así mismo se condene a pagar a todos por concepto de perjuicios morales, el valor equivalente a un mil (1.000) gramos de oro para cada uno al precio que certifique el Banco de la República en la fecha del fallo.

“Solicita además la demanda que se reconozca a los demandantes intereses no inferiores al seis por ciento (6%) anual aumentados de acuerdo con el incremento de Índice de Precios al Consumidor, sobre las sumas que resulten a favor desde la fecha en que el fallo deba cumplirse, hasta la fecha en que se haga el pago en su totalidad y ordenar que la Nación dé cumplimiento a la sentencia dentro de los términos consagrados en los Art. 176 y s.s. del C.C.A.

“HECHOS FUNDAMENTALES DE LA ACCION:

“Dice la demanda que el día primero de mayo de 1987, en la subestación de Policía del Municipio de Chima (S), se encontraban los Agentes de la Policía Nacional LIRIO PEÑA ZUÑIGA Y MIGUEL ANGEL VILLAMIZAR HERRERA, el primero ejerciendo las funciones de Comandante de Guardia y el segundo como centinela, dentro del cuarto turno de servicio. Como a eso de las nueve y cuarto de la noche, en forma negligente e imprudente el primero le causó al segundo una lesión que le produjo la muerte el día 4 de mayo siguiente. La herida fue causada con un proyectil de arma de dotación oficial “Carabina M-1” calibre 30, asignada al Agente de la Policía Nacional Lirio Peña Zúñiga, a quien le fue impuesta por parte de la División General de la Policía Nacional una sanción de diez (10) días de arresto severo, por haber actuado el día de los hechos “con inobservancia de las normas establecidas en el Reglamento de Disciplina y Honor de la Policía Nacional, al no cumplir con el debido celo y oportunidad las obligaciones del servicio, en el momento en que se desempeñaba como comandante

de guardia de la Subestación de Policía del Municipio de Chima (S), cuando por manejo imprudente e imprevisión accionó los mecanismos del arma de dotación, causando la herida que le ocasionó la muerte de su compañero”.

“FUNDAMENTOS DE DERECHO:

“La pretensión indemnizatoria de perjuicios la sustenta el actor en principio consagrado en el artículo 16 de la C.N. según el cual las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en sus vidas honra y bienes y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares, en cuyo desarrollo se sustenta la teoría de la “falla del servicio”.

“Expresa la demanda que en el caso *sub-judice* se configura la falla del servicio porque resulta con claridad meridiana que la muerte del Agente Miguel Angel Villamizar Herrera se debió a la imprudencia, a la negligencia e imprevisión del Agente de la Policía LIRIO PEÑA ZUÑIGA, quien con inobservancia de las normas previstas en el Reglamento de Honor de la Policía, con el incumplimiento del debido celo que deben tener dichos funcionarios en el manejo de las armas que les ha asignado el Estado, al portarla desasegurada, le causó la lesión al primero de los mencionados que días más tarde le produjo la muerte. Es decir, el Agente de la Policía Nacional, en y con ocasión del servicio fue el causante del hecho generador que le produjo daño irreparable a su esposa, a su hijo, a sus padres, y a sus hermanos, y no existe duda alguna en la relación de causalidad entre el hecho y el daño, pues no aparece ninguna causal de justificación que rompa este nexo. (fls. 272-274 C. 1.) ...

.....

“CONSIDERACIONES DE LA SALA:

“Nos enseña la doctrina y la jurisprudencia los elementos que se requieren para configurar la responsabilidad extracontractual de la administración. Son bien conocidos y la Sala considera necesario recordarlos someramente:

“1o. Una falta o falla del servicio por omisión, retardo, ineficiencia o ausencia de éste. Entendiendo que la falta o falla enunciada no es la personal del agente sino la del servicio o como se ha designado frecuentemente la falla anónima de la administración.

“2o. El hecho. Tal elemento vendría a ser la materialización o la expresión fáctica de la falla o de la omisión, puesto que el hecho no surge

sino ante la existencia de una falla, falta u omisión. La jurisprudencia siempre ha catalogado el hecho como elemento objetivo y cierto de la responsabilidad extracontractual.

“3o. El daño. Este elemento vendría a constituir la consecuencia lógica del hecho y podríamos afirmar que es el más determinante dentro de la responsabilidad extracontractual puesto que si se dieran el hecho y la omisión o falla del servicio, sin materializarse del daño, no surgiría la responsabilidad de la administración.

“4o. El nexo causal. Dentro del análisis lógico de los presupuestos anteriormente anotados tendremos; necesariamente que establecer la causalidad entre el hecho y el daño para que surja la responsabilidad de la administración. Dicho nexo causal lo podemos concretar en la relación directa y esencial que exista entre el hecho producido por la falla del servicio u omisión y el daño, como lógica consecuencia de lo anterior. Mal podría la jurisdicción establecer la responsabilidad de la administración si no se demuestra la comentada relación causal. La responsabilidad de la administración desaparecería o por lo menos tendería a disminuir si dentro de cualquier proceso de responsabilidad extracontractual llega a demostrarse el rompimiento del anotado nexo causal ya sea cuando la causa del daño haya sido producida única y exclusivamente por la culpa de la víctima, por el hecho de un tercero, por la fuerza mayor o el caso fortuito. Menciona el Consejo de Estado en sentencia de marzo 30 de 1978, siendo Consejero Ponente el Doctor Jorge Valencia Arango: “... También se exonera cuando el daño es causado por el agente administrativo, en actos fuera del servicio o sin conexión con él y cuando la causa del daño es la falta personal del agente, difícil de definir y de determinar doctrinaria y jurisprudencialmente, encontrándose, hasta ahora, sólo ejemplos como los de aquellos casos en que el agente actúe por motivos pasionales”.

“Considera la Sala importante recordar la circunstancia mediante la cual se pueden presentar hechos que no produzcan totalmente la exoneración de la administración, sino que reducen de acuerdo al criterio del Juzgador, la responsabilidad. En dichas circunstancias debemos recurrir a las normas del Código Civil, no para privatizar el derecho público como algunos creen, sino para publicizar (sic) el derecho privado, entre otras cosas porque no hay norma que al respecto nos sirva de apoyo, sino las contenidas en las leyes civiles, especialmente los Art. 2.344 y 2.357 del C.C.

“En las acciones de reparación directa el Juzgador, de acuerdo a la realidad procesal y con fundamento en el principio *‘iura novit curia’*, puede escoger cualquiera de los diversos regímenes de responsabilidad reconocidos salvo que la Ley exija alguno en particular. Lo anterior se entiende con fundamento en las probanzas de la Demanda.

“Cuando el actor acredita que ha sufrido un perjuicio, lo mismo que la relación causal con el hecho que lo origina, es procedente la aplicación del régimen de responsabilidad presunta, teniendo la administración la posibilidad de exonerarse demostrando su comportamiento o accionar prudente que impiden la catalogación de su conducta como omisiva, imprudente o negligente.

“Los anteriores aspectos teóricos están claramente expresados en sentencia del Consejo de Estado proferida el 20 de febrero de 1989, publicada en extractos de Jurisprudencia de julio a septiembre de 1989, Tomo V.

“En el caso que nos ocupa está claramente demostrado en el acervo probatorio que el Agente MIGUEL ANGEL VILLAMIZAR HERRERA estaba vinculado a la Policía Nacional (fl. 199 y 220), que para la fecha de los hechos se encontraba destinado a prestar el servicio en la Subestación de Policía de Chima (Sder), que el 1o. de mayo de 1987 a las nueve y cuarto de la noche (9:15 p.m.) cuando actuaba como centinela en el Cuartel en compañía de LIRIO PEÑA ZUÑIGA, quien ejercía como Comandante de Guardia, fue herido mortalmente con arma de dotación oficial de acuerdo con el informe rendido por el Comandante del Quinto Distrito de Policía (fl. 78). Que como consecuencia de la herida anteriormente mencionada, el 4 de mayo de 1987 a la una y media de la tarde (1:30 p.m.) falleció en la ciudad de Bucaramanga, según consta en la certificación de Medicina Legal y el acta de necropsia que obra al folio 37 y 38 del cuaderno No. 3.

“Acerca de las circunstancias que rodearon los hechos declararon en el proceso los Agentes ATENOR RICARDO ARIAS VALDERRAMA, HERMES QUIROGA, FRANCISCO NIÑO VEGA, PEDRO ELIAS BURGOS QUINTERO (folios 232 a 236), lo mismo que la versión del homicida LIRIO PEÑA ZUÑIGA (fl. 223 vto. y 234) y el testimonio de la esposa de la víctima, señora EVELIA BUSTOS DE VILLAMIZAR (Fl. 139 vto a 141).

“Los anteriores testimonios coinciden en los siguientes tres elementos:

“a) La relación amistosa entre la víctima y el homicida, así como el espíritu de juego y chanza que rodeaba esta relación. Basta con recordar que la cónyuge describe de manera clara, sin dejar alguna duda, sobre tal circunstancia. En efecto, las chanzas donde se incluía el juego con las armas que incluso hicieron presentir a la cónyuge un desenlace fatal, cuando en varias oportunidades le reprochó tal comportamiento (Fl. 140 y vto.) fueron los antecedentes que rodearon los acontecimientos del 1o. de mayo de 1987.

“b) Que los protagonistas, cuando ocurrieron los hechos estaban cumpliendo las labores del servicio, el homicida como Comandante de guardia y el occiso como centinela. Igualmente, que el instrumento causante del deceso fue arma de dotación oficial.

“c) Se infiere de las mismas pruebas el comportamiento imprudente en el momento culminante del hecho, cuando arribó el occiso al lugar donde se encontraba el comandante de guardia LIRIO ZUÑIGA, le palmoteó el hombro, iniciándose una de las consabidas e irresponsables bromas, con las consecuencias conocidas. En efecto, se dice que en un momento dado Custodio Villamizar Jaimes tomó la trompetilla de la carabina de su compañero PEÑA ZUÑIGA, y en el forcejeo se disparó el arma causándole al primero la herida mortal a que ya se hizo referencia.

“Considera la Sala conveniente, de acuerdo con reciente jurisprudencia, establecer si el hecho guarda o no relación con el servicio al cual estaba adscrito el agente LIRIO PEÑA, examinando el grado de influencia que en la producción del perjuicio tuvo el servicio, indagando si el Agente actuó con el deseo de cumplir una actividad propia del mismo, o si lo hizo bajo la impulsión de éste. (Sent. 526 de abril 27 de 1989, Sección Tercera. Consejero Ponente: Dr. Antonio José de Irisarri Restrepo). La gran limitante dentro del proceso ha sido la ausencia de testigos presenciales, teniendo que acudir exclusivamente a la prueba indiciaria derivada de los testimonios que describieron detalladamente las relaciones anteriores a los hechos, ayudándonos éstos a determinar con claridad el carácter jovial, alegre, desprovisto de cualquier pugnacidad, pudiéndose catalogar como normal, en personas que no porten armas, pero siendo a todas luces imprudente en agentes del orden quienes las portan no para jugar sino como instrumento útil en la prestación del servicio. La Sala desecha la posibilidad de que el Agente homicida actuara con el deseo de ejecutar un servicio, presume que la actitud de MIGUEL ANGEL VILLAMIZAR Y LIRIO ZUÑIGA en el momento del desenlace fue la misma que venía observando los compañeros y familiares de la víctima; examinando tales conductas anteriores y cotejadas con los indicios del hecho obrantes en el proceso, concluye que el Agente LIRIO ZUÑIGA actuó bajo la impulsión del servicio al cual está adscrito sin desconocer el alto grado de responsabilidad que le cabe al occiso por su evidente culpa en la realización del hecho. Es trascendental recordar cómo el rompimiento del nexo causal se produce cuando se demuestra la culpa de la víctima, pudiéndose igualmente desvertebrar la presunción de responsabilidad cuando se llegue a demostrar por parte del demandado ausencia de la falla o extrema prudencia y diligencia en la prestación del servicio.

“Respecto a lo segundo, está probado la diligencia que se tuvo en la instrucción sobre manejo de armas, así como las reiteradas circulares relativas al uso de ellas, claro está que esto no es suficiente para demostrar la ausencia de la falla o la prudencia y diligencia en la prestación de él. Como bien lo afirma el H. Consejo de Estado: “Hay falla del servicio cuando la actuación administrativa causante del perjuicio no puede desvincularse del servicio cuya responsabilidad se pretende declarar. Conviene recordar la célebre frase de León Blum, según la cual la falta se separa quizás del servicio, pero el servicio no se separa de la falta”. (Sent. 526 de abril 27 de 1989, Sección Tercera, Consejero Ponente: Dr. Antonio José de Irisarri Restrepo).

“Como se ha afirmado reiteradamente, la Sala observa que la culpa de la víctima no puede decretarse del presente análisis; baste con recordar a estas alturas las declaraciones de la cónyuge (Fl. 140 vto.) y de los Agentes de la Policía compañeros del occiso, así como la versión del inculpado sobre el desarrollo de los hechos, quienes nos proporcionan la credibilidad necesaria respecto a la cuota de responsabilidad que tuvo el Agente VILLAMIZAR.

“La culpa de la víctima, nos recuerda la jurisprudencia, no exonera *per se* de responsabilidad sino en cuanto resulta ser causa directa y eficiente al daño cuestionado. (Sala Contenciosa Administrativa, Sección Tercera, Sent. de marzo 11 de 1982, Consejero Ponente, Jorge Valencia Arango). Vale decir, en nuestro caso concreto, para exonerar a la Administración el Ag. LIRIO ZUÑIGA había tenido que convertirse en sujeto pasivo de la acción sin consentir en el juego iniciado por la víctima, conociendo la Sala así sea indiciariamente el carácter bilateral y mutuo de las chanzas realizadas normalmente por los citados agentes del orden, surge la responsabilidad compartida frente al hecho.

“Cree la Corporación oportuno recordar la sentencia de marzo 15 de 1985, proferida por la Sección Tercera del H. Consejo de Estado, siendo Consejero Ponente el Dr. Carlos Betancur Jaramillo: “... Cuando además de la falla del servicio se configura la culpa de la víctima del daño, la apreciación de éste estará sujeta a la reducción. Basta leer para confirmar este aserto los artículos 2344 y 2357 del C.C., normas aplicables en su orden, ante la carencia de otras que regulen en el campo de la responsabilidad estatal dicho fenómeno”. Apenas obvio que si la víctima actuó imprudentemente, pudiéndosele endilgar alguna responsabilidad, ese hecho disminuye proporcionalmente el monto de la indemnización. El artículo 2357 del C.C. establece expresamente la reducción cuando la víctima se ha expuesto imprudentemente al daño, trayendo a colación el conocido aforismo ‘nadie puede alegar su propia torpeza’.

“Plantea la parte demandada en alegatos de conclusión la excepción de cosa juzgada, absteniéndose la Sala de realizar cualquier estudio

sobre el particular puesto que su proposición ha sido extemporánea, recordando no obstante que la absolución del autor en un proceso penal no es obstáculo para acudir a la jurisdicción contenciosa y obtener la indemnización por los perjuicios causados al producirse una falla, una omisión o una culpa presunta. Igualmente propone la aplicación de la regla conocida como la indemnización FORFAIT, desconociendo que tal principio tiene vigencia en cuanto a los daños sufridos por funcionarios en ejercicio de las funciones propias y no en aquellos casos en que se es víctima por hechos que escapan a los normales riesgos profesionales.

“Por las anteriores razones considera la Sala que la responsabilidad de la Nación debe ser declarada con una reducción proporcional a la culpa de la víctima, reconociendo que la falla personal del Agente LIRIO ZUÑIGA no es obstáculo para hacer este pronunciamiento, estableciéndose con fundamento en el Art. 2357 del C.C. que la responsabilidad de la entidad demandada asciende al 30%.

“PERJUICIOS MATERIALES:

“1.— DAÑO EMERGENTE

“No se solicitó en la demanda este reconocimiento ni se probó su existencia dentro del proceso.

“2.— LUCRO CESANTE.

“De acuerdo con la certificación que obra al folio 198, el Agente Miguel Angel Villamizar Herrera devengaba en la época del hecho que causó su deceso, un promedio mensual de \$59.562.95, cálculo que se obtiene con exclusión de los siguientes factores incluidos en dicha constancia: Prima de Navidad, Prima Semestral, cifras de las cuales únicamente se tiene en cuenta una doceava parte. De esta cantidad se descuenta el 25% que se presume dedicaba la víctima en el sostenimiento personal, quedando para efectuar la liquidación la suma de \$44.671.50 conforme a la siguiente distribución:

“Para la Cónyuge sobreviviente EVELIA BUSTOS DE VILLAMIZAR: 50%. Para el Hijo MIGUEL ANDRES VILLAMIZAR BUSTOS: el 25%. Para los padres CUSTODIO VILLAMIZAR JAIMES y MARIA TERESA HERRERA DE VILLAMIZAR: el 12.5% para cada uno, teniendo en cuenta que se halla demostrado con los testimonios de Evelia Bustos de Villamizar (Fl. 140 v.), José Pablo Camacho García (Fl. 142), Valentín Camacho (Fl. 147 v.), Víctor Julio Jaimés (Fl. 112 v.), Israel Jaimés Beltrán (Fl. 114 v.), José Antonio Jaimés Jaimés (Fl. 115) y María Teresa Herrera de Villamizar (Fl. 116), entre otros,

que la víctima proporcionaba ayuda económica a sus progenitores en una cifra aproximada a los quince mil pesos mensuales (\$15.000.00).

“Concurren a solicitar indemnización por este concepto CUSTODIO VILLAMIZAR JAIMES y MARIA TERESA HERRERA DE VILLAMIZAR, en calidad de padres de la víctima, EVELIA BUSTOS DE VILLAMIZAR, cónyuge sobreviviente, y su hijo MIGUEL ANDRES VILLAMIZAR BUSTOS, cuyo parentesco se encuentra acreditado con los registros civiles que obran a folios 4 a 14 del proceso.

“La cantidad de \$44.671.50 establecida como ingreso promedio que la víctima empleaba para el sostenimiento y ayuda económica de sus familiares, deberá actualizarse teniendo en cuenta el índice de precios al consumidor, mediante el empleo de la fórmula de matemática financiera.

$Ra = R \frac{\text{Ind. Final}}{\text{Indice Inicial}}$ de donde se tiene:

$$Ra = R \frac{162.83}{70.72} = 44.671.50 \times 2,2992 \quad Ra = 102.708.71$$

“Conforme a los porcentajes establecidos y la actualización anterior, se tiene como base para el cálculo de la indemnización consolidada y la futura:

“Para la cónyuge (50%) = \$51.354.35

Para el hijo (25%) = \$25.677.17

Para el padre (12.5%) = \$12.838.58

Para la madre (12.5%) = \$12.838.58

“A) INDEMNIZACION CONSOLIDADA:

“Para la cónyuge.

“ $S = Ra \frac{(1 + i)^n - 1}{i}$ fórmula de matemática financiera acogida por la jurisprudencia y la doctrina, en donde: S = suma o indemnización que se busca. Ra = renta actualizada. I = interés técnico o puro. n = mensualidades que comprende el período indemnizatorio.

$$"S = 51.354.35 \frac{(1 + 0.005)^{43} - 1}{0.005} = \$2.456.770.14$$

"Para el hijo.

Utilizando la fórmula anteriormente anotada, se tiene:

$$"S = 25.677.17 \frac{(1 + 0.005)^{43} - 1}{0.005} = \$1.228.384.83$$

"Para los padres.

"Con aplicación de la misma fórmula, se tiene:

$$"S = 12.838.58 \frac{(1 + 0.005)^{43} - 1}{0.005} = \$614.192.17$$

"B) INDEMNIZACION FUTURA:

"Para efectuar esta cuantificación debe tenerse en cuenta la supervivencia o vida probable tanto del occiso como de los demandantes.

"Fecha de nacimiento de la víctima: 13 de septiembre de 1963.

"Fecha de nacimiento de la viuda: 28 de febrero de 1964 (fl. 112 C. No. 1).

"Fecha de nacimiento del hijo: marzo 27 de 1986.

"Fecha de nacimiento de María Teresa Herrera de Villamizar: enero 1/1939.

"Fecha de nacimiento de Custodio Villamizar Jaimes: junio 3 de 1937.

Vida probable del occiso: 44.18

Vida probable de la viuda: 45.07

Vida probable de la madre: 23.12

Vida probable del padre: 21.49

Tiempo transcurrido hasta el cumplimiento de la mayoría de edad del hijo: 160 meses.

“1o.— Indemnización futura para la viuda: $IF = F \times R$ en donde: F es el factor, Ra: renta actualizada.

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

F factor; n número de meses; i interés técnico o puro.

$$Ra = \frac{2.456.770.14}{43} = 57.134.18$$

$$F = \frac{(1+0.003)^{505} - 1}{0.005(1+0.005)^{505}} = \frac{11.4125}{0.0620} = 183.7675$$

$$IF = 57.134.18 \times 184,0725 = \$10.516.831.35$$

“2.— Indemnización futura para el hijo: aplicamos la misma fórmula anteriormente anotada.

$$IF = 28.567.08 \times \frac{(1+0.005)^{160} - 1}{0.005(1+0.005)^{160}} = \$3.142.378.80$$

“3.— Indemnización futura para el padre: aplicando la misma fórmula tenemos:

$$IF = 14.283.53 \times \frac{(1+0.005)^{215} - 1}{0.005(1+0.005)^{215}} = \$1.880.436.50$$

“4.— Indemnización futura para la madre.

$$IF = 14.283.53 \times \frac{(1+0.005)^{243} - 1}{0.005(1+0.005)^{243}} = \$1.975.233.65$$

“RESUMEN LUCRO CESANTE.

| BENEFICIARIO | INDEM. CONSOLIDADA | INDEM. FUTURA | TOTAL |
|--------------------------------|-----------------------|------------------|-----------------|
| EVELIA BUSTOS DE VILLAMIZAR | \$2.456.770.14 | \$10.516.831.35 | \$12.973.601.49 |
| MIGUEL ANDRES VILLAMIZAR B. | \$1.228.384.83 | \$ 3.142.378.80 | \$ 4.370.763.63 |
| CUSTODIO VILLAMIZAR JAIMES | \$ 614.192.17 | \$ 1.880.436.50 | \$ 2.494.628.67 |
| MARIA T. HERRERA DE VILLAMIZAR | \$ 614.192.17 | \$ 1.975.233.65 | \$ 2.589.425.82 |

“Sin embargo, de las sumas anteriores deberá reconocerse a los demandantes únicamente el 30% en virtud de la reducción de la responsabilidad de la administración a que se hizo referencia anteriormente. En consecuencia, las sumas a reconocer en definitiva serán las siguientes: por concepto de indemnización consolidada y futura:

| | |
|--|----------------|
| “A EVELIA BUSTOS DE VILLAMIZAR: | \$3.892.080.44 |
| “A MIGUEL ANDRÉS VILLAMIZAR BUSTOS: | \$1.311.229.08 |
| “A CUSTODIO VILLAMIZAR JAIMES: | \$ 748.388.60 |
| “A MARIA TERESA HERRERA DE VILLAMIZAR: | \$ 776.827.74 |

“PERJUICIOS MORALES:

“El dolor natural por la muerte de un ser querido es lo que la Ley trata de compensar con el reconocimiento de perjuicios morales, siendo unánime la jurisprudencia en reconocer al cónyuge sobreviviente, a los padres y a los hijos, el máximo autorizado, esto es el valor equivalente a mil gramos de oro, sin que sea necesario demostrar la convivencia, el cariño y el afecto, puesto que estos aspectos se presumen en estos grados de parentesco. No ocurre lo mismo en relación con los hermanos de la víctima, respecto de los cuales debe existir prueba fehaciente sobre sus relaciones familiares, afectuosas y de ayuda mutua, demostración que no son explícitas en señalar circunstancias como la convivencia del occiso con MARCOS FIDEL, ANTONIO MARIA, CESAR AURELIO, CARMEN ELISA, JUAN DE JESUS, FLOR ESTER y MATILDE VILLAMIZAR HERRERA, el cariño y afecto que aquel les profesaba.

“Por consiguiente se negará el reconocimiento de perjuicios morales a los hermanos anteriormente anotados. En cambio se reconocerá el valor equivalente a un mil (1.000) gramos de oro a EVELIA BUSTOS DE VILLAMIZAR (cónyuge), MIGUEL ANDRÉS VILLAMIZAR BUSTOS (Hijo), CUSTODIO VILLAMIZAR JAIMES (padre) y MARIA TERESA HERRERA DE VILLAMIZAR (madre), sumas que se reducirán al 30% por las mismas razones que se tuvieron en cuenta para disminuir el lucro cesante en tal porcentaje”. (fs. 276-288, Cuaderno Principal).

– II –

SUSTENTACION DEL RECURSO

A folios 291 y siguientes del Cuaderno Nro. 1, obra el escrito en que el procurador 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, para lo cual argumenta dentro del siguiente temperamento:

“Fundamento mi recurso en las siguientes razones de hecho y de derecho:

“1. Se ha planteado en la demanda una indemnización por los perjuicios causados a las familias Villamizar-Herrera y Villamizar Bustos, con ocasión de la muerte de MIGUEL ANGEL VILLAMIZAR HERRERA sucedida como consecuencia de las lesiones sufridas en los hechos ocurridos en lo. de mayo de 1987 en el Municipio de Chima (S).

“Con ocasión de la acción propuesta se ha demostrado palmariamente:

“a) Que tanto el occiso MIGUEL ANGEL VILLAMIZAR HERRERA como el homicida LIRIO PEÑA ZUÑIGA eran, para ese día, Agentes de la Policía Nacional que estaban ejerciendo sus funciones y desempeñando una labor propia del servicio, el uno como centinela y el otro como comandante de guardia en la Subestación de Policía del Municipio de Chima (S).

“b) Que MIGUEL ANGEL VILLAMIZAR HERRERA fue muerto por una bala salida del arma de dotación oficial (carabina M-1) que en ese instante portaba su compañero de armas, el Agente LIRIO PEÑA ZUÑIGA.

“c) Que mis poderdantes tenían con el interfecto la relación de padres y hermanos, esposa e hijo. Que mientras sus padres y hermanos recibían de aquél la ayuda necesaria para su congrua subsistencia, estos últimos totalmente dependían económicamente de aquél.

“2. Se ha comprobado igualmente la existencia de un hecho generador que ha producido un daño irreparable como consecuencia de un acto imprudente e irreflexivo y que entre el uno y el otro hay un nexo causal que los ata profundamente, originando, consecuencialmente, una indemnización para reparar ese daño.

“Considero pertinente concordar con los planteamientos esbozados en la sentencia glosada, en el sentido que el principio “*TURA NOVITA CURIA*” le permite al Juzgador escoger cualquiera de los diversos regímenes de Responsabilidad reconocidos por la ley, de acuerdo a las probanzas de la demanda.

“Los medios probatorios aportados apuntan a configurar el régimen de “responsabilidad presunta” en virtud al nexo que existe entre el hecho dañoso y el servicio de la administración pública.

“En efecto: el perjuicio advino en horas del servicio, en lugar del servicio y con un medio instrumental (arma de dotación oficial) de propiedad del servicio. A mas de producirse, como lo acepta la Sala, bajo los efectos de impulsión del servicio al cual estaba adscrito. En otras palabras, existen en la realización del hecho, elementos externos perceptibles e inteligibles que determinan en forma clara y ostensible la relación Agente-Servicio configurados por circunstancias temporales, espaciales e instrumentales de que habla la doctrina y que se materializaron en la acción dañosa.

“Si bien la parte demandada alega haber obrado con diligencia y cuidado en la instrucción del personal sobre el manejo de las armas, con el propósito de exonerarse de la responsabilidad que le cabe en este caso y a fin de romper el nexo del daño ocasionado con la falta o falla cometida; no es menos cierto que ese hecho se desvirtúa con la misma conclusión a que llegó la administración en la investigación administrativa que determinó una sanción para el homicida por haber violado normas propias del manejo de las armas cuando cumplía sus funciones como comandante de guardia en esa noche triste. Es decir, que la falla cometida no puede desvincularse del servicio, so pretexto de atribuirsele al Agente homicida y de contera al Agente muerto.

“Esta relación instrumental, temporal y espacial hacen presumir la responsabilidad Estatal. Aunada esto a la peligrosidad que conlleva la utilización de armas y equipos de extraordinario riesgo que hacen, por sí solo, concluir la presunción de responsabilidad de la Nación, dada la obligación que tienen las Fuerzas Armadas de actuar con extrema prudencia y diligencia en relación con el uso y porte de armas, debiendo, para exonerarse de responsabilidad, 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. Este hecho no fue acreditado, al contrario, existe prueba de la sanción sufrida por el homicida por el mal uso del arma de dotación entregada a su cuidado, lo que indica que no hubo, en el caso que nos ocupa, la debida prudencia y diligencia exigidas.

“En otras palabras, cabe recordar lo dicho por el H. Consejo de Estado en reiterada jurisprudencia que, en eventos de esta naturaleza, no cabe descartarse la presunción de responsabilidad en razón a que, dada la peligrosidad de las armas, el perjuicio causado con su utilización, se debe siempre a fallas del servicio.

“3. Con todas estas apreciaciones y las que adelante haré, no cabe duda que habrá de declararse la responsabilidad del Estado en el presente caso.

“Es cierto que la Jurisprudencia considera “la culpa de la víctima” como un hecho que exonera de responsabilidad a la administración total o parcialmente. Con base en ella, en el caso que subexámine, el Juzgador ha considerado que la actuación del occiso fue preponderante en la producción del resultado, llevando consigo una exoneración del setenta por ciento en el resarcimiento de los perjuicios.

“En este punto no es donde enmarco mi discrepancia con la sentencia recurrida y en aras de sustentar mis apreciaciones, me permito hacer algunas consideraciones que no fueron tenidas en cuenta en el fallo respectivo.

“La sentencia da por sentado que los testimonios citados (pág. 8) los que le merecen plena credibilidad, le han llevado a la convicción de la Sala estos tres elementos: a) La relación de amistad entre la víctima y el victimario; b) Las labores que ambos cumplían y el arma utilizada y c) El comportamiento imprudente del occiso en el hecho culminante.

“Desafortunadamente la prueba es escasa para demostrar la realidad de los hechos y solo por indicios de los testimonios aportados se llega a la conclusión antes citada pero en forma restringida. Si lo analizamos conjuntamente con los demás testimonios recaudados podremos deducir hechos indicadores de los cuales podremos deducir, no solamente una mayor participación del homicida en el hecho dañoso, sino la necesidad de incrementar sustancialmente la indemnización solicitada. Veámos:

“Al folio 90 aparece la investigación administrativa tomada por la propia administración, por lo que, como lo dice la jurisprudencia, no se necesita ratificación y como prueba trasladada tiene plena eficacia en este proceso. A mas que, la prueba recopilada para tomar esa decisión es sustancialmente la misma que se recaudó en el plenario.

“Esa investigación arrojó como resultado que, primariamente, el fallador de primera instancia sancionara al autor del hecho, el Agente LIRIO PEÑA ZUÑIGA, con su desvinculación del servicio por “no cumplir con el debido celo y oportunidad las obligaciones del servicio, cuando se desempeñaba como comandante de guardia de la Subestación de Policía de Chima, cuando por manejo imprudente e imprevisión se le disparó el arma de dotación oficial, causándole heridas al Agente MIGUEL ANGEL VILLAMIZAR HERRERA, quien pereció posteriormente”.

Esta decisión fue modificada por el Juez de Segunda Instancia en el sentido de no desvincular a PEÑA ZUÑIGA del servicio, cambiándosela

por una sanción de arresto severo por diez días, pero quedó incólume la razón de la sanción que consistió, como ya se dijo, en la violación de las obligaciones propias del servicio que prestaba por aquella noche. Y mírese bien, resaltan el manejo imprudente y la imprevisión en el uso del armá que le fue dada en dotación y que a la postre fue con la que causó el daño.

“Son precisamente las autoridades administrativas, hoy demandadas, las que concluyen que el homicida (Peña Zúñiga) en el acto dañoso, incurrió en yerros que le merecieron su sanción. Es decir, lo hallaron administrativamente responsable de violaciones a las obligaciones propias del servicio. Lo que indica que sus superiores no habían efectuado con diligencia y prudencia la debida instrucción del personal a su cargo sobre el manejo de las armas y, sobre todo, el recto comportamiento que debían asumir en cumplimiento de las labores propias del cargo, mas concretamente en la función que desempeñaban aquella noche.

“Además, a esa conclusión se llega luego de oír a sus propios compañeros y a los demás testigos de oídas, quienes son contestes en afirmar que hubo descuido del Agente LIRIO PEÑA ZUÑIGA al portar el arma cargada y desasegurada.

“Si miramos las declaraciones de los Agentes, del mismo homicida y de lo consignado en el libro de Minutas de Guardia, se encontrará que casi todos afirman que la primera expresión que dijo el Agente PEÑA ZUÑIGA, luego de producido el hecho fue: “se me salió un tiro” expresión común en los militares cuando accidentalmente se les dispara un arma. Además, es la expresión más sincera, en virtud a ser la primera y no haber tenido tiempo para elaborar mentalmente una respuesta que lo defendiera del error cometido.

“Esto nos induce a pensar que no es tan cierta la confesión que le valió la absolución, porque hay contradicción en sus dichos y porque quiso ocultar su error de haber amenazado al occiso, con tan mala suerte que al tener el arma desasegurada se le salió el tiro mortal.

“Mírese lo dicho en su indagatoria: “... cuando me encontraba tratando de llamar al Agente VILLAMIZAR quien en ese momento se encontraba en la parte interna del cuartel llegó hasta donde me encontraba yo tomando una regla golpeándome en el hombro en son de chanza y juego como lo acostumbraba él, tomando la trompetilla de la carabina y con la mano izquierda tratando de golpearme en la cara y dándome golpes en el hombro...” Luego agrega: “... halándome la carabina en forma sorpresiva haciéndome tropezar con una silla, casi al frente de donde me encontraba haciéndome chocar contra la pared sin él soltarme todavía la trompetilla de la carabina, con el halón que le pegó a la

carabina me cogió de sorpresa, no me pude sostener en ese momento, arrastrándome hasta casi la salida fue cuando yo le halé la carabina y se disparó accidentalmente, fue cuando el cayó de frente”.

“Que ilógica versión y que desafortunada la justicia que por desidia no fue capaz de descubrir la verdad de los hechos ante tantas contradicciones que se deducen de los propios hechos confesados.

“Si con la mano derecha le tenía la trompetilla de la carabina y con la izquierda trataba de golpearlo y no soltó el arma sino hasta cuando él homicida haló la carabina, significa que el interfecto se encontraba de frente al homicida, pues de lo contrario no podía ejecutar ambas acciones. De ser así, como él mismo lo describe, indudablemente que el disparo que le causó la muerte debió entrar de frente y el occiso caer de espaldas por el impulso del impacto. Pero la necropsia que obra en el proceso penal afirma una situación distinta, al decir que el orificio de entrada fue por la región occipito-temporal derecha y orificio de salida en la región frontal derecha. A más, el homicida en su confesión afirma “... fue cuando él cayó de frente ...”, situación distinta a la realizada.

“En otras palabras, de su propia versión se deduce que el accidente ocurrió por su imprudencia, por su imprevisión en cargar el arma desasegurada, y no por los juegos o chanzas que le planteó su compañero de armas. Es mas, el homicida, como comandante de guardia, era superior jerárquico en ese momento del occiso que oficiaba como centinela, por lo que debió aplicar su autoridad y no compartir los juegos que le proponían, juegos que, al parecer, no eran de tal naturaleza, toda vez que aparecen afirmaciones que los golpes en el hombro se hicieron para que el homicida cumpliera con su función y no se durmiera y obviamente ante esta situación se paró furioso, lo amenazó con el arma, con tan mala suerte que al tenerla desasegurada se le disparó el arma y lo mató, versión ésta que el mismo sindicato se la contó a la viuda en el Municipio del Socorro al otro día. Además se sostiene esta conclusión con lo vertido por el Agente que se encontraba dentro de las instalaciones del cuartel que oyó como una carrera, pues era la efectuada por el occiso ante las amenazas del homicida y es que existe bases para creer en ello, por aparecer el tiro por la parte de atrás de la cabeza y sin que apareciera tatuaje que pudo haber dejado el disparo sí, como lo dice el sindicato, se produjo en el forcejeo por la carabina.

“Todo ello nos obliga a pensar que la participación en el hecho del Agente Peña es sustancial y no parcial como lo sostiene la sentencia y que por su imprudencia causó el hecho dañoso en el que, el occiso, solo tuvo participación al comienzo pero sin ninguna preponderancia en la producción del hecho como se quiere hacer aparecer. Y es que esa

responsabilidad se deduce de la prueba testimonial que aparece en el expediente. Por ejemplo: Los testigos Ovidio Bautista Ballén (f. 142 v) y Luis Francisco Monsalve Pinto, afirman que oyeron a los familiares del homicida que a él ya le había ocurrido un hecho parecido, causando muerte y heridos por cargar desasegurada el arma.

“Ahora bien, qué puede deducirse en expresiones como: “... entonces Peña se levantó lleno de furia y con la carabina le apuntó y accidentalmente se disparó la carabina, me contó al otro día en el Socorro” Evelia Bustos de Villamizar folio 140. “... Dicen que por descuido con la forma de portar el arma desasegurada ...” José Pablo Camacho, folio 142. “... pregunté qué ocurrió y el Agente PEÑA ZUNIGA que a él se le había salido un disparo de su carabina de dotación oficial y se la pegó en la cabeza ...” Informe dado por el Agente Luis Arturo Oyuelo Ducuara, por entonces comandante encargado de la Subestación de Policía en Chima (f. 170 v). “... maté a Villamizar ...”, “... a mi modo de ver fue negligencia y descuido de ambos porque ellos, según versión del Agente Peña, estaban era jugando, cuando se le disparó la carabina ...” Agente Tenor Ricardo Arias Valderrama (f. 183). “... Peña dijo que se le había escapado un tiro y había herido a Miguel Angel Villamizar ...”, “... ellos jugaban así ...” Pedro Elías Burgos Quintero (f. 232). Los testigos Luis Francisco Niño y Hermes Quintero afirman sobre el descuido del homicida en portar el arma cargada y desasegurada.

“Todas estas probanzas nos lleva a la convicción que, si bien el occiso comenzó los juegos o chanzas, no es menos cierto que el hecho final —disparo de la carabina— se produjo como consecuencia de la imprudencia del Agente Peña al portar el arma cargada y desasegurada contraviniendo claras normas que prohíben actuar de esa manera, pues de haberlas acatado, nada hubiera ocurrido. Y es que en la propia expresión dada inmediatamente pasó el hecho al decir: “... se me salió un tiro y maté a Villamizar ...” denota su propia responsabilidad, es el reconocimiento de su imprudencia, de su descuido, es la aceptación de que había cometido un grave error con su arma. Esta expresión es sincera y franca, espontánea y no producto de una expresión elaborada para ocultar su propio error. Mal podría entonces arrojar toda la culpa del hecho al occiso, por haber participado en la iniciación del hecho.

“Creo que la sentencia no valoró en forma completa y conjuntamente las pruebas allegadas al proceso, incluyendo las copias de la acción penal, ya que de su análisis se concluye que la actuación del occiso no fue preponderante o predominante en la producción del hecho dañoso. Tal vez pudo existir una simultaneidad en las acciones y reprochable la conducta ejercida por el occiso, pero en ningún momento puede predicarse que hubo causalidad entre su conducta y el hecho final, como sí la existe entre el homicida que, con incumplimiento de las normas

que reglan en porte de armas, lesionó a su compañero de armas. Es decir, la falta cometida por el Agente Peña es causa principal para que se haya producido el hecho final, por tal razón la responsabilidad de la nación es patente y por como tal debe resarcir los daños ocasionados a mis mandantes en forma total.

“Por todo lo anterior considero que debe revocarse el fallo recurrido, aceptando la plena responsabilidad de la Nación, condenándola a pagar la totalidad de los daños producidos. (fls. 291-298, C. 1).

– III –

**CONDUCTA PROCESAL DEL MANDATARIO JUDICIAL
DEL CENTRO DE IMPUTACION JURIDICA DEMANDADO**

Dentro del término que la ley brinda para alegar, presentó el escrito que obra a folios 305 y siguientes del cuaderno No. 1, del cual se retiene lo siguiente:

“CULPA DE LA VICTIMA.

“En los términos de los hermanos MAZEAUD, la culpa es “un error de conducta que no habría cometido una persona advertida colocada en las mismas circunstancias externas del autor del perjuicio”.

“El hecho o culpa de la víctima, en el ámbito de la responsabilidad administrativa, “no es más que la violación de las obligaciones a las cuales está sujeto el administrado”, ha manifestado esta Honorable Corporación en fallo del 1o. de marzo de 1990, Exp. 3260, Consejero Ponente: Dr. ANTONIO JOSE DE IRISARRI; en el que se agrega:

“El juez administrativo está obligado a estudiar, frente a los elementos fácticos de cada caso concreto, qué papel juega el comportamiento de la víctima en la cadena causal de producción del perjuicio. Así, si este último resulta ser impurable de manera exclusiva a la víctima, la exoneración de la administración habrá de ser total pues el vínculo o nexo causal se escinde, queda roto, y cuando el perjuicio, sin que normal y *naturalmente intervenga y colabore en su producción la culpa de la víctima, deberá el juez dar aplicación al principio de la concausalidad y de reducción en la apreciación del daño* que consagra el artículo 2357 del Código Civil ...” (Subrayas fuera del texto).

“En el presente caso, tal como lo señaló acertadamente el Tribunal Administrativo de Santander, está probado, así sea indiciariamente, el carácter bilateral y mutuo de las chanzas realizadas normalmente por los agentes de policía, de la cual da cuenta inclusive la esposa del hoy

occiso, por tanto la actitud o conducta asumida por el agente VILLAMIZAR la cual no es la "normal", "habitual" de los administrados, hace surgir la responsabilidad compartida frente al hecho, que da lugar a la aplicación de la reducción del daño.

"La culpa de la víctima es causal que exonera o atenúa en todo régimen de responsabilidad ya que en el fondo implica que el hecho que causa el daño no es totalmente imputable al ente demandado, por tanto, aún tratándose de "falla presunta" es procedente aplicar la "culpa de la víctima".

"INDEMNIZACION A FORCAT (sic)

"Esta apoderada respetuosamente reitera los planteamientos hechos sobre este aspecto en el alegato de conclusión, pues en caso de un fallo adverso al Estado por responsabilidad extracontractual de la administración en caso de muerte de sus agentes, es necesario descontar estos valores ya percibidos, tal como lo ha reconocido reiterada y acertada jurisprudencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Honorable Consejo de Estado:

"...
"No obstante, cuando el daño se produce en forma independiente o la prestación ordinaria o normal del servicio sino que han sido causados por falla del servicio, el funcionario, o el militar en su caso que las sufre o sus damnificados tienen derecho a ser indemnizados en su plenitud. *Para evitar enriquecimiento sin causa las prestaciones percibidas por esos hechos deberán descontarse de la indemnización total*". (Subrayas fuera del texto) (sentencia 13 diciembre 1983).

"En similares términos se sentó esta jurisprudencia en las sentencias del 13 de diciembre de 1983, Consejero Ponente: Dr. ENRIQUE LOW MUTRA, Exp. 10807, actor: MARTHA LUCIA ARANGO VDA. DE DIAZ y del 27 de marzo de 1990. Consejero Ponente: Dr. GUILLERMO CHAHIN LIZCANO, Exp. S-021, actor: ESTHER BOMBER VDA. DE GARAVITO.

"VALOR PROBATORIO DE LAS SENTENCIAS PENALES

"La parte demandada reitera los planteamientos hechos en el alegato de conclusión con respecto a la sentencia absolutoria proferida por la justicia penal militar y se permite transcribir las tres precisiones que la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Dr. GUSTAVO DE GREIFF RESTREPO, exp. 5594, actor JOSE ANGEL ESTRADA y otros, efectuó al respecto:

“1). “La sentencia penal, *absolutoria o condenatoria* constituye plena prueba sobre la *ocurrencia del hecho juzgado* y tal ocurrencia no puede ponerse en duda en otro juicio y concretamente en uno contencioso administrativo en el cual se juzgue la conducta de la administración para deducir por ejemplo, su responsabilidad contractual o extracontractual.

“2). “La sentencia penal *absolutoria* de un agente de la administración no implica que no pueda existir falla del servicio pues la responsabilidad de ésta se gobierna por normas diferentes y su existencia no requiere siempre de la culpa personal de aquél.

“3). “Pero cuando la responsabilidad de la administración no puede escindirse de la conducta que observó su agente porque está subsumida íntegramente en la actuación de éste, la sentencia *absolutoria*, en cuanto define que el sindicado no cometió el hecho, (y la administración solo actuó a través de su agente) o que obró en cumplimiento de un deber o en legítima defensa, el valor erga omnes de cosa juzgada de la correspondiente sentencia penal tiene plena aplicación”.

“Por todo lo anteriormente expuesto, respetuosamente solicito al Honorable Consejo de Estado, CONFIRMAR la sentencia apelada”. (fls. 305-308, cuaderno principal).

– IV –

VISTA FISCAL

La Fiscal Octava de la Corporación, Dra. MARIA STELLA PEÑA DE MENDEZ, en su concepto de fondo, **OBSERVA:**

“Procede la Fiscalía en primer término a pronunciarse sobre la excepción de cosa juzgada que plantea la apoderada de la entidad demandada.

“Se encuentra como lo observó el Tribunal, que este medio exceptivo fue formulado por la entidad demandada extemporáneamente, pero por ser de fondo el fallador está en la obligación de estudiarlo en la sentencia aún no lo haya propuesto la parte demandada en la contestación de la demanda (Art. 164 del C.C.A.).

“Es bien sabido, pues lo ha sostenido reiteradamente la jurisprudencia del H. Consejo de Estado como de la H. Corte Suprema de Justicia apoyados en normas del C.P.P., 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 éste obró en cumplimiento de un deber o en legítima defensa. (Art. 55 Decreto 50 de 1987).

“En este asunto se encuentra acreditado con copia auténtica de la sentencia proferida por el Juez de primera instancia y copia auténtica proferida por el Tribunal Superior Militar que la confirmó, que en el proceso Penal hubo cesación de procedimiento en contra del Agente Lirio Jaimes Zúñiga, sindicado del homicidio del agente Miguel Angel Villamizar Herrera, considerando como causal de inculpabilidad el caso fortuito.

“Ahora bien, si en el proceso penal se concluyó que la muerte del Agente Miguel Angel Villamizar Herrera ocurrió por caso fortuito, en este proceso en que se pretende la indemnización de los perjuicios ocasionados por este hecho debe acatarse la cosa juzgada penal, porque esta decisión tiene efectos erga omnes, no pudiéndose poner ya en duda, volviéndose a debatir la causa del fallecimiento de la víctima por este eximente de responsabilidad.

“El H. Consejo de Estado ha reiterado:

“... 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 el caso fortuito, pues en el fondo lo que acredita es que no hay relación de causalidad entre la falta o falla del servicio y el daño causado ...” (Sent. de marzo 30 de 1978, Ponente: Dr. Jorge Valencia Arango. Exp. 2304).

“Por lo explicado esta Agencia Especial del Ministerio Público solicita al H. Consejo de Estado —Sección Tercera—, revoque la sentencia apelada y en su lugar declare probada la excepción de cosa juzgada en el proceso”. (fls. 313-314, cuaderno principal).

— V —

CONSIDERACIONES DE LA SALA

A) La sentencia proferida por el *a-quo* será parcialmente confirmada, pues la realidad fáctica impone hacerle algunos ajustes con universo jurídico y económico. Para la Sala no hay espacio para la duda que impida concluir que en el caso en comento quedó debidamente probada la falla del servicio. Para llegar a esta verdad jurídica basta recordar que en providencia calendada el día ocho (8) de octubre de mil novecientos ochenta y siete (1987), el

Director General de la Policía Nacional, previa la investigación de rigor, sancionó "... al agente PEÑA ZUÑIGA LIRIO, con diez días de arresto severo mas el descuento de las dos quintas partes del sueldo básico diario, durante los días que dura la sanción, por aparecer responsable disciplinariamente de falta común consagrada en el artículo 119, literales a), b), c), del RDH por no cumplir con el debido celo y oportunidad las obligaciones del servicio, cuando se desempeñaba como comandante de guardia en la Subestación Chima, cuando por manejo imprudente e imprevisión se le disparó el arma de dotación, causándole heridas al agente VILLAMIZAR HERRERA MIGUEL ANGEL, quien pereciera posteriormente. Hechos sucedidos el día 1o. de mayo de 1987" (*Subrayas de la Sala*).

Sobre el alcance probatorio que el fallo disciplinario tiene para demostrar la falla del servicio, la Sala reitera la pauta jurisprudencial que fijó en sentencia de 9 de octubre de mil novecientos ochenta y seis (1986), Expediente No. 3213. Actor: Nadin Ospina Morales, en la cual se discurre dentro del siguiente perfil:

"... la copia del fallo disciplinario constituye prueba documental de excepcional importancia, no sólo porque mediante ella se infiere que el personal victimario fue sancionado disciplinariamente por su conducta ilegal e injusta, por fuera de los cánones del buen servicio, que ese personal estaba adscrito a la Policía Nacional y que cuando causó la tragedia estaba en misión de servicio. *Para la Sala, la copia del fallo en cuestión sería suficiente para evidenciar la existencia de la falla del servicio, porque la decisión pidió la destitución de los miembros de la Policía que efectuaron el operativo ...*" (*Subrayas de la Sala*).

B) La Sala no acoge la perspectiva jurídica que a lo largo de este proceso ha defendido el procurador judicial del centro de imputación jurídica demandado, en el sentido de que habiendo confirmado el Tribunal Superior Militar la providencia proferida por el Comandante del Departamento de Policía Santander, en la cual se definió que no había mérito para convocar Consejo de Guerra Verbal contra el Agente LIRIO PEÑA ZUÑIGA, se está frente al fenómeno jurídico de la cosa juzgada, la cual impide que la justicia contencioso administrativo haga un pronunciamiento en contravía de tal decisión. Y no la patrocina, porque dentro del proceso quedó debidamente probada la falla del servicio como ya se destacó en antes. Por lo demás, la decisión que se tomó en el campo penal no tiene más apoyo que el dicho del sindicato, que el Tribunal Superior Militar apreció como indivisible. Así se desprende de la lectura de uno de los considerandos de tal proveído, en el cual se discurre dentro del siguiente perfil:

"En relación con la ocurrencia del hecho a consecuencia del cual perdió la vida el agente MIGUEL ANGEL VILLAMIZAR HERRERA, *sola-*

mente milita en el proceso la versión injurada del procesado, quien señala, tal como lo anotamos atrás, como el advenimiento del suceso fue por algo eminentemente accidental. NINGUNA OTRA PERSONA HABLA SOBRE LAS CIRCUNSTANCIAS QUE RODEARON EL HECHO, más como igualmente lo anotamos, sí dicen sobre la excelente amistad del sindicato y el agente VILLAMIZAR” (Subrayas de la Sala).

Llama la atención que el juez penal no haya hecho comentario alguno sobre el fondo del concepto fiscal No. 10.621, de cuyo universo fluyen serios interrogantes que se quedaron sin respuesta, pues el referido funcionario dejó el camino sembrado de interrogantes, que nacen de los siguientes párrafos:

“De esta manera y aceptado que la versión del acusado se halle desvirtuada, no obstante ello presenta por sí misma algunos rasgos de inverosimilitud, en primer término en cuanto se refiere que a raíz de esa lucha o forcejeo por la posesión del arma en cuestión se hubiera podido desasegurar, para sí dispararse fácilmente, ya que los reglamentos y las circunstancias le exigían al acusado mantenerla en situación o en imposibilidad de accionarse.

Por tanto, de lo anterior podría inferirse al menos levemente que esa arma no estaba asegurada con antelación a la ocurrencia de los hechos y que ello no se produjo en el transcurso de los movimientos efectuados tanto por la víctima como por el acusado para obtener la posesión de ese fusil.

De otra parte, así mismo la localización del proyectil en el cuerpo de la víctima y precisamente en el cráneo del interfecto, también admite la inferencia de que la versión del acusado no corresponda a la realidad de lo sucedido, puesto que bien difícil aparece que si éste caía hacia el piso o perdía el equilibrio de su cuerpo en los momentos en que se produjo ese disparo, el proyectil correspondiente hubiera tomado exactamente la dirección de la cabeza de la persona que resultó muerta.

Ello indicaría, en principio, que aquel relato puede ser mentiroso y acomodaticio y que los hechos ocurrieron en forma totalmente diferente a la relatada por el acusado en su indagatoria” (C. 3, fol. 57 y 58) (Subrayas de Sala).

A la realidad que se deja expuesta se agrega la especial circunstancia de que dentro del presente proceso la administración no logró demostrar ninguna circunstancia eximente de responsabilidad como la fuerza mayor, el hecho de un tercero o la culpa exclusiva de la víctima. Ninguno de los testimonios recepcionados arroja luces sobre la forma como ocurrió la tra-

gedia, pues los distintos deponentes no presenciaron los hechos. Esto explica que para el sentenciador la simple versión del sindicato, en un todo favorable a su conducta, no alcance a desvirtuar la falla del servicio.

Finalmente, la Sala reitera la pauta jurisprudencial que sobre el alcance del fallo penal marcó en sentencia de 27 de junio de 1991, Expediente No. 6249, Actor. Ricardo Antonio Serna, Consejero Ponente, Dr. Carlos Betancur Jaramillo, en la cual se lee:

“La sentencia recurrida deberá revocarse porque no acata la jurisprudencia ya reiterada de esta sala, la que en múltiples casos ha dicho que en materia de responsabilidad estatal por falla del servicio derivada del hecho delictual de un funcionario. la decisión penal no constituye prejudicialidad forzosa para el fallo de la primera controversia.

“En esto la sala ha sido uniforme y ni siquiera en el fallo que le sirvió de apoyo al *a-quo* (sentencia de 22 de junio de 1989), proceso 5994, María Odilia Muñoz, Ponente Doctor Gustavo de Greiff se sostiene lo contrario.

“Para entender el alcance de esta decisión, se precisa:

“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 por el juez penal con apoyo en la misma; 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 que incurrió la administración. En síntesis, se aplican en cada campo, las normas propias. Y esto permite entender, asimismo, por qué 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 prejudicialidad 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 habrían que condenarla siempre en el caso contrario. Lo que permitiría también aceptar una idea inadmisibles, o sea la existencia de una misma normatividad para juzgar la conducta delictuosa 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.

"Las ideas precedentes tienen su respaldo, como se expresó atrás, en la jurisprudencia reiterada de la sala. De los fallos que las desarrollan se destaca el de mayo 22 de 1987 (Proceso 4955 Dioselina Arce Castaño), en el que se hicieron las siguientes precisiones en cuanto al valor probatorio de las sentencias penales:

"Para la sala el punto es de especial importancia y sobre él no existe un pensamiento unánime. Con todo, ha venido predominando la tesis de que las pruebas practicadas dentro del proceso penal y trasladadas al de responsabilidad estatal sólo podrán valorarse cuando hayan sido ratificadas dentro de este último, en especial cuando de testimonios se trate. Asimismo se ha dicho que las copias de las sentencias penales sólo demuestran que se siguió un proceso contra alguien en particular y que en torno al mismo se tomó una determinada decisión. El caso *sub-judice* ofrece una nueva oportunidad para la delimitación del problema, máxime cuando el *a-quo*, con base en la sentencia penal condenatoria por homicidio dictada contra el señor José Israel López V. por muerte en accidente de tránsito de la señorita Martha Cecilia Zapata A. por probada la falla del servicio.

“Al respecto, la sala considera:

“En las acciones de reparación directa seguidas contra la Nación, en las que se busque el restablecimiento de derechos subjetivos vulnerados por hechos de funcionarios suyos, constitutivos de falla del servicio, se presenta la duda de si las pruebas trasladadas del proceso penal seguido contra los mismos funcionarios, practicadas con su audiencia y con la del ministerio público, se consideran controvertidas por la entidad pública y por ende, dotadas de validez en tales procesos. La jurisprudencia muestra tendencia negativa. Así se ha venido sosteniendo que no es factible identificar la intervención del Estado en el proceso penal en el ejercicio del “*ius imperii*” con la que cumple como parte en las acciones aludidas, en las cuales se discute una pretensión determinada de significado patrimonial. Porque, por lo demás, en el proceso penal no concurre el Estado como administración activa ni como parte y su injerencia obedece a objetivos de orden superior a los simplemente patrimoniales puestos en juego en las acciones de resarcimiento de derechos particulares.

“A este respecto es bastante ilustrativo el pensamiento del Consejo de Estado expuesto en sentencia de 15 de febrero de 1969 (sala de lo contencioso administrativo, Sección Tercera) de la cual fue ponente Gabriel Rojas Arbeláez.

“Existe una posición minoritaria que quiere atenuar el rigor de la tesis, apelando para ello al alcance que tiene la intervención del Ministerio Público y al papel de contradictor que ejerce el funcionario investigado dentro del proceso penal; pero no ha tenido eco ni en la doctrina ni en la jurisprudencia, tal como se expresó atrás.

“Si bien es cierto la discusión se presenta cuando del traslado de las pruebas del proceso penal se trata, no sucede igual cuando se refiere a investigaciones disciplinarias seguidas por la misma administración. En estos eventos, no habrá lugar a la ratificación de los testimonios porque se entiende que en estos casos la prueba no solo fue ratificada por la administración sino practicada por esta misma. Este ha sido el pensamiento reiterado de la Sección Tercera del Consejo de Estado, ratificado una vez en el fallo de octubre 10 de 1986.

“Las copias de las sentencias penales.

“El punto presenta un enfoque diferente, ya que aquí no se cuestiona el traslado de las pruebas practicadas dentro del proceso penal en el que estuvo involucrado el funcionario, sino que sólo se lleva al de responsabilidad la copia de la sentencia proferida en aquél.

“Estima la sala que esa copia prueba algo más que su expedición y que con ella se calificó la conducta de una persona natural determinada.

“Basta leer las normas que en el Código de Procedimiento Penal hablan del valor de los fallos condenatorios y absolutorios para confirmar este aserto. En primer término la sentencia penal condenatoria no permitirá poner en duda en el proceso civil (o administrativo, se agrega) la existencia del hecho ni la responsabilidad del condenado (art. 28); y la absolutoria tendrá efecto de cosa juzgada sobre los siguientes extremos: que el hecho causante del perjuicio no se realizó, que el sindicado no lo cometió o que obró en cumplimiento de un deber o en legítima defensa (art. 30).

“Y el valor demostrativo de la sentencia en los extremos indicados no puede negarse con el argumento de que las pruebas que sirvieron de apoyo al juez penal no fueron ratificadas dentro del proceso de responsabilidad, porque esa ratificación sería inocua, ya que una nueva valoración no permitiría conclusiones diferentes, por impedirlo el efecto de la cosa juzgada.

“El hecho imputado al agente no puede ponerse en duda ni su responsabilidad penal; si estos dos extremos configuran asimismo una falla del servicio, será un problema de subsunción del hecho en los supuestos de la norma que contempla la responsabilidad y no un simple problema probatorio.

“Como es obvio, la conducta así se subsume en normas diferentes. La penal desde la órbita del Código correspondiente y la falla del servicio de la entidad pública, porque ese acto se le imputa a su propio y directo accionar, dentro de las reglas que gobiernan su conducta.

“Sobre los alcances de las sentencias absolutorias penales o que reconocen una causal de exculpación en los procesos de reparación directa, la sala también ha tenido la oportunidad de pronunciarse en forma reiterada. Así, de la sentencia de octubre 14 de 1988 (Proceso 4972 Arnulfo Castillo Sierra) se destaca:

“La Sala estima que estos dos cargos deberán ser estudiados en su conjunto, dada su íntima relación. Para el recurrente, la decisión del tribunal del Valle viola directamente los artículos 16 de la Constitución; 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9 y 23 del decreto 2137 de 1983, por falta de aplicación; 29 y 30 del C. Penal; y 24 a 30 del C. de J. Penal Militar.

“En su escrito estima el impugnante que la legítima defensa no es causal de exoneración de la responsabilidad estatal, como la calificó el tribunal; que tanto la doctrina como la jurisprudencia consideran que una es

la responsabilidad penal del agente infractor de la ley penal y otra diferente la patrimonial del ente estatal al que está vinculado dicho funcionario. Pero que, además, ni siquiera en el presente caso puede hablarse de legítima defensa porque el agente actuó por fuera de reglas del servicio público. en forma excesiva e innecesaria”.

Considera el recurrente, en un primer enfoque, que la sentencia del tribunal viola el artículo 16 de la Carta, por interpretación errónea y por haberse apartado de los lineamientos de la jurisprudencia.

“Lo así alegado escapa a la técnica misma del recurso de anulación y más parece un cargo propio del recurso de súplica por infracción o desconocimiento de la jurisprudencia de la Corporación.

“Pero para ese mismo recurrente la sentencia viola la Constitución en su artículo 16 y las normas citadas, al aplicar a la responsabilidad estatal una causal de exoneración contemplada en la ley, que no opera sino en el campo penal y eso como justificación del hecho punible.

“Para la sala el fallo sí viola en forma directa las normas citadas, tal como pasa a explicarse:

“Se aclara en primer término y para evitar equívocos, que en torno a la situación fáctica no existe discrepancia alguna. Mientras la justicia penal calificó la conducta del agente como enmarcada en una causal de justificación y lo sobreseyó, la sentencia del tribunal aceptó la circunstancia anotada pero para absolver a la administración de responsabilidad patrimonial.

“Se recalca la no discrepancia probatoria para poder afirmar que la evaluación de las pruebas no tuvo incidencia en la violación de las normas citadas y para reafirmar que su infracción fue directa. Se evidencia este tipo de infracción al constatar que el tribunal le dio a las reglas sobre legítima defensa un alcance y un campo de aplicación que no tienen. La causal de exculpación aceptada (la legítima defensa) no podía aplicarse sino en el campo penal, y eso como justificación del hecho delictuoso que se le imputaba al agente; pero no en el campo de la responsabilidad estatal regulado por otras normas diferentes y en el que la conducta que se tiene en cuenta es la de la persona pública demandada y no la personal del funcionario. Tan cierto es esto que cuando el hecho perjudicial se debe exclusivamente a su culpa personal, deslindada en un todo del servicio público, cabe hablar de su responsabilidad pero no de la del ente público a que pertenece.

“Aunque el tribunal no lo diga explícitamente sí está dando a entender con su fallo que la absolución de la nación se debió a la legítima defensa

que se le reconoció al agente. Con esto equivocó la aplicación del derecho porque la hace producir a la causal de exculpación penal una consecuencia por fuera de su órbita propia.

“No puede olvidarse —se repite— que una es la responsabilidad penal por los delitos o las culpas y otra la responsabilidad del Estado por falla del servicio. Mientras aquella es personal, la falta del servicio es normalmente anónima. El hecho de que frente a ésta pueda darse también la identidad del funcionario que con su conducta puso de presente esa falla, no varía el enfoque del asunto; como tampoco lo varía que esa conducta personal, por su lado, deba ser calificada penalmente. Quiere decir, entonces, que el hecho podrá juzgarse con sujeción a la ley penal si releva una conducta punible en el agente y podrá ser confrontado con las normas que regulan la prestación del servicio público como indicio de un mal funcionamiento de éste.

“Y pese a que en estos casos la responsabilidad penal no condiciona a la administrativa, ya que el agente puede ser absuelto de la imputación penal y condenada la entidad pública por falla en el servicio o viceversa (de allí la no prejudicialidad penal en los asuntos de responsabilidad estatal), la conducta del agente público y la de la víctima, como reveladoras de la forma como se desarrollaron los hechos, no podrán ser del todo ajenas en la definición del litigio de responsabilidad patrimonial de la administración.

“En este orden de ideas, no es lo mismo vbgr. que el agente del orden, en horas de servicio, en estado de embriaguez y en ejecución de un procedimiento irregular, hiera o mate a un particular inerme sin que medie provocación alguna. o que la muerte o las lesiones se deban al hecho de que agredió en forma injusta, desproporcionada y grave al agente y éste, en legítima defensa, haya disparado el arma de dotación oficial como única salida válida y posible para salvar su vida.

“Mientras en el primer caso no existe duda sobre la responsabilidad de la administración por falla del servicio (éste funcionó mal o en forma inadecuada), en el segundo, esa responsabilidad, en principio, no se da, por culpa exclusiva de la víctima; o, en otros términos, porque no existe la relación de causalidad entre el hecho de la administración y el daño. Aquí éste se debió, con exclusividad, a la conducta injurídica de la víctima y no al hecho de la administración.

“Por parte alguna ha dicho la jurisprudencia que las autoridades militares o de policía no puedan defenderse legítimamente de una injusta y desproporcionada agresión y que siempre que lo hagan se dará la falla del servicio. No, éste no puede ser el enfoque del problema, no sólo porque son dos situaciones diferentes, sometidas a regímenes distintos,

sino porque su aceptación (el condicionamiento de una conducta por la otra) rompería los esquemas de la racionalidad y colócaría a la autoridad en un plano de inferioridad al imponerle, como principio, la indefensión.

“Si los miembros de las fuerzas armadas no pudieran defenderse legítimamente, se estaría patentando la libre agresión contra éstos.

“Producido el hecho delictuoso, se dijo atrás, la conducta del agente público se subsume en la normatividad penal. El juez en este campo no puede salirse de los supuestos legales del tipo penal correspondiente. Pero no quiere decir esto, que el juez de la responsabilidad administrativa esté ligado por el mismo marco normativo como si su responsabilidad fuera indirecta, por el hecho ajeno o de las personas que están bajo su cargo o dependencia. No, desde hace muchos lustros se definió esa responsabilidad como directa, porque el funcionario que actúa es el Estado mismo y no un simple dependiente suyo.

“En los casos de falla del servicio del funcionario identificado, la responsabilidad administrativa no varía; lo que sucede es que es más fácil su definición porque al evaluar su conducta se puede concluir con mayor certeza que el servicio funcionó mal, no funcionó o lo hizo tardamente”.

“...

“Como es obvio, en este orden de ideas la sala no entra a cuestionar la legítima defensa que se le aceptó al agente homicida como justificación de su delito. Pero esto no quiere significar que esa conducta no pueda subsumirse en las reglas que gobiernan la responsabilidad estatal, para inferir de ella si el servicio policivo funcionó correctamente o si, por el contrario, ese funcionamiento no sólo fue inadecuado sino perjudicial.

“Para la sala, la falla del servicio sí se puso de presente, porque existen pruebas dentro del proceso que muestran el procedimiento irregular, innecesario e imprudente del agente Robinson Gamboa Alomía, el que con su accionar desencadenó la tragedia que culminó con la muerte de los hermanos Castillo Sierra (Luis Francisco y José Manuel) y con las lesiones de Arnulfo, hermano de los anteriores.

“Aunque la prueba testimonial no es por sí sola suficiente para declarar la existencia de la falla del servicio policivo, existen en el expediente las copias de las providencias mediante las cuales se decidió la investigación disciplinaria seguida por la autoridad competente (Comando del Departamento de Policía Valle y Dirección General de la Policía) contra el agente Gamboa A. que se acreditan la existencia de una falla en forma plena o suficiente”.

“Las ideas precedentes se mantienen en la actualidad y no fueron contradichas por la sala en su sentencia de 22 de junio de 1989 (Proceso 5994, María Odilia Muñoz) que le sirvió de apoyo al *a-quo*. Quizás el equívoco surgió por la generalidad, un tanto inapropiada, que en este último fallo se le dio a la doctrina. Pero leído en forma detenida y hecha la concordancia con la sentencia citada de mayo 22 de 1987 (Dioselina Arce C.), hay que concluir que ella no tiene ese alcance y que la jurisprudencia se elaboró como se dijo, precisamente para aquellos casos en que al proceso administrativo únicamente se lleven como pruebas las copias de las sentencias penales y éstas no permitan acreditar otra realidad. Aquí se repite que el juez administrativo, si tiene otras pruebas u otros elementos de juicio distintos a los que le suministre la sentencia penal podrá, sin desconocer la cosa juzgada, llegar en materia de responsabilidad administrativa a una solución en aparente contradicción con aquélla. Se dice en “aparente” contradicción porque en el fondo se refieren a aspectos o realidades diferentes. Así, podrá el juez administrativo declarar que hubo falla del servicio a pesar de la absolución penal del agente o absolver a la entidad pública pese a la condena de aquél. Y lo anterior no puede entenderse sino teniendo clara la idea inicial expuesta en el numeral 1o. de este fallo; que el hecho del agente puede dar lugar a la aplicación de dos normatividades diferentes: la penal para el delito y la administrativa para la responsabilidad del ente al que pertenece el agente que lo cometió”.

C) La Sala revocará el universo del fallo apelado en cuanto dedujo cuota de responsabilidad por el hecho de la víctima la cual infiere de “... las chanzas realizadas normalmente por los citados agentes del orden ...” Este temperamento jurídico no es de recibo. Tanto la doctrina como la jurisprudencia enseñan que cuando se estudia el hecho de la víctima, lo primero que se impone definir son los caracteres que éste debe reunir para que en puridad de verdad se constituya en causal de exoneración, o de lugar a la reducción del daño, pues no todo hecho de la misma produce estas consecuencias jurídicas. Dentro de esta perspectiva se tiene que para que ella se tipifique se deben dar los siguientes elementos:

- a) Una relación causal entre el hecho de la víctima y el daño. Si la víctima no contribuye en alguna forma a la producción del evento perjudicial, su conducta no puede tener repercusiones en el campo de la responsabilidad;
- b) El hecho de la víctima debe ser extraño y no imputable al ofensor y;
- c) El hecho de la víctima debe ser ilícito y culpable.

Comentando este último aspecto Jorge Peirano Facio, enseña:

“En lo que se refiere al hecho ilícito y culpable de la víctima, hay que notar que él debe asumir todos los caracteres que se señalan como neces-

rios para configurar el *DELITO* o el *CUASIDELITO*. Con esto se dice que el hecho de la víctima debe haber CAUSADO EL DAÑO, SER ILICITO y SER CULPABLE” (Responsabilidad Extracontractual. Tercera Edición. Editorial Temis, pág. 432).

En el caso en comento la Sala no encuentra que la conducta de juego y chanzas del occiso, con el agente LIRIO PEÑA ZUÑIGA, tenga el universo de ILICITUD y CULPABILIDAD necesarios para poder concluir que hubo concurrencia del hecho de la víctima con la del Agente Lirio Peña Zúñiga. Por lo demás, y a falta de pruebas, resulta imposible para el *ad-quem* aceptar que el occiso, que estaba bajo el mando de aquél, pues era el comandante de guardia, tuviera una conducta de “molestia” de “juego” o de “desobediencia” hacia su superior. Todo esto aparece como acomodado por el sindicado para su defensa.

En la interpretación de la conducta humana, que en mas de una ocasión resulta de mayor interés que la de la propia ley, cualquier circunstancia particular del caso no puede aceptarse como HECHO DE LA VICTIMA, pues se corre el riesgo de pecar por informalidad jurídica en la aplicación de la ley y el derecho, al caso concreto.

La verdad jurídica que se deja expuesta, y la realidad fáctica, llevan a la Sala a revocar la sentencia en todo lo que hace relación con la reducción de la condena.

D) La Sala no atiende la solicitud hecha por la apoderada del centro de imputación jurídica demandada, para que se descuente del monto de la condena lo que la Policía Nacional canceló a sus beneficiarios por concepto de “... prestaciones sociales e indemnización por muerte ...”, pues el pago del auxilio mutuo por la suma de ciento veinte mil pesos (\$120.000.00); de doscientos setenta y siete mil setecientos treinta y dos pesos (\$277.732.00) por cesantía, y de novecientos cincuenta y dos mil doscientos veinticuatro pesos (\$952.224.00) por muerte, no se cubrieron para pagar el DAÑO CAUSADO. Ellas se habrían tenido que satisfacer aún en el evento de que la muerte del agente hubiese tenido como causa una enfermedad natural. En esta materia la Sala reitera la pauta jurisprudencial que fijó en sentencia de doce (12) de septiembre de mil novecientos noventa y uno (1991), Expediente No. 6572. Actor: Rosa Nelly Londoño Martínez, Consejero Ponente: Dr. Julio César Uribe Acosta, en la cual se lee:

“C) La Sala revocará la sentencia, en cuanto denegó el pago del daño emergente, por la suma de DOSCIENTOS NOVENTA Y SEIS MIL TRESCIENTOS TREINTA Y CINCO PESOS (\$296.335.00), pues encuentra que el pago que por tal monto hizo el Municipio de Medellín (C. 1, fol. 124), tiene una causa o título que no importa una reparación o indemnización del daño realmente irrogado. Siendo la

Dra. ROSA NELLY LONDOÑO MARTINEZ, funcionaria a su servicio, como Inspectora Municipal de Policía, la atención hospitalaria, ortopédica, de fisioterapia y psiquiatría que le prestó, obedeció a una de las compensaciones que el Municipio debe otorgar a sus empleados en retribución de sus servicios, y que como lo enseña el Profesor Arturo Alessandri Rodríguez, "... las mas de las veces contribuye a formar las partes del sueldo o de la remuneración del empleado o funcionario. Todo esto demuestra que no son propiamente una reparación del daño sufrido por la víctima" (De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil. Imprenta Universal. 1987, Tomo 11, pág. 586).

"El problema que se estudia es conocido en la doctrina con la denominación: CUMULO DE INDEMNIZACIONES y es presentado por el jurista en antes citado, dentro del siguiente universo:

"Sucede a menudo, que la víctima de un delito o cuasidelito, independientemente de la reparación que le debe su autor, recibe o tiene el derecho de exigir de terceras personas ajenas al delito o cuasidelito, y como consecuencia de él, una prestación pecuniaria en razón del daño que sufre. Ya es un funcionario público o municipal que, por haber quedado inválido en actos del servicio por dolo o culpa de un tercero tiene derecho a una pensión de invalidez; ya el dueño de un edificio incendiado o la víctima de un accidente corporal que recibe de la compañía de seguros la indemnización convenida en el contrato; ya los hijos o la viuda de la víctima a quien esa misma compañía paga el valor del seguro contratado sobre la vida del difunto; ya un accidentado a quien un tercero le hace una dádiva en vista de su desgracia o a quien una sociedad de socorros mutuos le proporciona lo necesario para su curación.

La víctima o sus herederos, según el caso, pueden acumular estas prestaciones con la indemnización a que está obligado el autor del delito o cuasidelito y recibir ambas íntegramente, o éste tiene el derecho de exigir que se imputen a aquella, de modo que sólo pague la diferencia o se le declare exento de su obligación respecto de la víctima si esas prestaciones son iguales o superiores al daño? En esto consiste el problema del CUMULO DE LAS INDEMNIZACIONES, que es uno de los mas complejos y controvertidos y acerca del cual las opiniones están muy divididas" (Obra citada, págs. 580 y 581).

"Dentro de la óptica que se deja precisada, se impone concluir, con la doctrina, que no es cierto que un delito o cuasidelito no pueda ser motivo de enriquecimiento para la víctima. Este resultado se dará, como ocurre en el caso en comento, cuando exista un título o causa que justifica ese enriquecimiento. Esta verdad jurídica explica bien el por qué en el SEGURO DE DAÑOS, como éste repara el causado, es

inadmisible la ACUMULACION, mientras que en el de PERSONAS, como no tiene tal finalidad, ella sí es posible y de recibo. Al comentar todos los aspectos relacionados con el pago de pensiones fiscales, municipales o pagadas por las Cajas de Previsión, el Profesor Alessandri, dentro de una perspectiva que hace suya la Sala, predica:

“Lo mismo cabe decir de las pensiones, gratificaciones o indemnizaciones pagadas por el Fisco, las Municipalidades o las cajas de previsión a los empleados o funcionarios públicos o municipales o a sus familias en caso de invalidez o muerte, suponiendo que ésta o aquella se deba a dolo o culpa de un tercero. *Tales pensiones se pagan, de ordinario, con arreglo a una escala preestablecida, cualquiera que sea la causa del daño, y aunque éste no sea imputable a un tercero.* ... El cúmulo es, por tanto, admisible: el autor del daño no puede pretender QUE EL MONTO DE LA PENSION SE REDUZCA DE LA INDEMNIZACION A QUE ESTA OBLIGADO ...” (Subrayas de la Sala).

E) Como el apelante enmarcó su discrepancia con la sentencia de primera instancia sólo en el aspecto relacionado con “LA CULPA DE LA VICTIMA”, para impetrar luego el pago total de los perjuicios a que se hace referencia en la misma, la Sala confirmará la condena al pago de los perjuicios morales, en favor de CUSTODIO VILLAMIZAR JAIMES y MARIA TERESA HERRERA DE VILLAMIZAR (padres), de EVELIA BUSTOS DE VILLAMIZAR (cónyuge) y de MIGUEL ANDRES VILLAMIZAR (hijo), cada uno de los cuales recibirá un mil gramos de oro fino (1.000), que se deberán pagar con el precio que el referido metal tenga en el momento en que quede ejecutoriada la presente sentencia.

Se revocará el fallo en cuanto condena al pago de perjuicios MATERIALES a favor de CUSTODIO VILLAMIZAR JAIMES y MARIA TERESA HERRERA, (padres), pues la prueba testimonial que valoró el fallador de primera instancia no tiene fuerza de convicción que permita concluir que en puridad de verdad la víctima atendía, en forma regular, a la satisfacción de las necesidades de orden económico de sus padres. Los declarantes VICTOR JULIO JAIMES e ISRAEL JAIMES BELTRAN testimoniaron que el padre de la víctima se dedicaba a la agricultura, y que percibía el jornal diario. Así las cosas, no se vivencia cómo una persona, con un salario mensual de sólo \$59.562.95, pudiera atender a las necesidades de su propio hogar, a las personales suyas, y también a las de sus ascendientes. Se confirmará la condena por perjuicios materiales que se hizo a favor de EVELIA BUSTOS DE VILLAMIZAR Y MIGUEL ANDRES VILLAMIZAR BUSTOS, pero como dentro del informativo no obran los índices de precios al consumidor, y en la demanda se solicita la actualización de la condena, ésta se hará en abstracto.

La liquidación se hará con sujeción a las siguientes pautas:

SECCION TERCERA

PRIMERA: Se tendrá como salario mensual la suma de CINCUENTA Y NUEVE MIL QUINIENTOS SESENTA Y DOS PESOS CON NOVENTA Y CINCO CENTAVOS (\$59.562.95), que fue el que consideró el *a-quo*, con base en la certificación que obra al folio 198 del informativo.

SEGUNDA: Del anterior salario mensual se descontará un veinticinco por ciento (25%) que es el monto que se presume que la víctima destinaba para atender a sus propias necesidades. El setenta y cinco por ciento restante (75%), se dividirá en dos partes iguales: una para la cónyuge sobreviviente que se liquidará hasta el momento en que el cónyuge de mayor edad se supone que moriría primero, para lo cual se tendrán en cuenta las tablas de mortalidad aprobadas por la Superintendencia Bancaria, las cuales se acercarán al proceso durante el trámite incidental. La otra mitad corresponde al hijo MIGUEL ANDRES VILLAMIZAR BUSTOS y se reconoce hasta el momento en que éste cumpla los dieciocho años de edad.

TERCERA: Se actualizará la condena, tal como se pidió en la demanda, para lo cual se tendrá en cuenta la fórmula aceptada por la jurisprudencia de la Corporación, tomando como base los I.P.C. certificados por el Dane, por el período comprendido entre el primero (1o.) de mayo de mil novecientos ochenta y siete (1987) y la fecha de ejecutoria de la presente sentencia. Para este efecto se procederá así:

$$Ra = R \frac{\text{Indice Final (El de la fecha de ejecutoria del fallo)}}{\text{Indice Inicial (mayo 1o. de 1987)}}$$

Ra = Valor que se busca

$$R = \$40.652.22$$

CUARTA: La indemnización comprenderá dos períodos, así: a) Uno *vencido consolidado o causado*, que transcurre desde el momento de la muerte de MIGUEL ANGEL VILLAMIZAR HERRERA (mayo 1o. de 1987) y que va hasta el momento en que la presente sentencia quede ejecutoriada, con aplicación de la siguiente fórmula:

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

Donde:

S = Suma o indemnización que se busca;

Ra = \$40.652.22, actualizada, como se precisó en la pauta tercera;

I = interés puro o técnico del 6% anual ó 0.4867 mensual. Como se trabaja con uno (1) y no con 100, en la fórmula este interés se representa como 0.004867

n = mensualidades que comprende el período indemnizatorio.

b) El segundo período, o sea *el futuro o anticipado*, corre desde el día siguiente al de la ejecutoria de esta sentencia, y va para la señora EVELIA BUSTOS DE VILLAMIZAR hasta la vida probable del cónyuge que por tener mas edad se considera que morirá primero, para lo cual se tendrán en cuenta las Tablas de Mortalidad aprobadas por la Superintendencia Bancaria, las cuales se acercarán a los autos durante el trámite incidental. Para el hijo MIGUEL ANDRES VILLAMIZAR BUSTOS, este período va desde el día siguiente al de la ejecutoria del fallo y hasta el momento en que cumpla los dieciocho años. Se aplicará la siguiente fórmula:

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

donde:

S = valor indemnización

Ra = Renta actualizada

i = Interés del 6% anual ó 0.4867 mensual. Como se trabaja con uno y no con 100, en la fórmula este interés se representa como 0.004867, cuando se liquida con meses. Si la liquidación se hace con años, el interés es del 0.06.

n = Número de meses o de años que se liquidan.

QUINTA: El término para la formualción del incidente se señala en sesenta días que se contarán a partir de la notificación del auto que dicte el *a-quo* ordenando cumplir lo dispuesto por el *ad-quem*. La condena deberá liquidarse con sujeción al procedimiento establecido en el artículo 137 del C. de P. Civil.

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.) CONFIRMANSE los numerales tercero (3o.) cuarto (4o.) y quinto (5o.) de la sentencia calendada el día once (11) de febrero de mil novecien-

SECCION TERCERA

tos noventa y uno (1991), proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, por las razones dadas en los considerandos de esta sentencia;

2o.) REVOCANSE los numerales primero (1o.), segundo (2o.) y tercero (3o.) del mismo fallo, los cuales quedarán así:

PRIMERO: Declárase administrativamente responsable a LA NACION – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICIA NACIONAL de la muerte del señor MIGUEL ANGEL VILLAMIZAR HERRERA, en hechos ocurridos en la noche del primero de mayo de 1987, en la Subestación de Policía del Municipio de Chima (Santander).

SEGUNDO: Como consecuencia de la declaratoria anterior, se condena a LA NACION – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICIA NACIONAL, a pagar a CUSTODIO VILLAMIZAR JAIMES, MARIA TERESA HERRERA DE VILLAMIZAR (padres), a EVELIA BUSTOS DE VILLAMIZAR (esposa) y a MIGUEL ANDRES VILLAMIZAR BUSTOS (hijo), un mil gramos de oro fino (1.000) a cada uno, los cuales se cubrirán con el precio que el referido metal tenga en el momento de quedar ejecutoriada la presente sentencia. Esta condena se hace en concreto.

TERCERO: CONDENASE también a LA NACION – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICIA NACIONAL, a pagar a EVELIA BUSTOS DE VILLAMIZAR y a MIGUEL ANDRES VILLAMIZAR BUSTOS, los perjuicios materiales que se les causaron, los cuales deberán liquidarse con sujeción al procedimiento establecido en el artículo 137 del C. de P. Civil, y con sujeción a las pautas fijadas en los considerandos de este fallo. El incidente deberá formularse dentro de los sesenta (60) días siguientes a la notificación del autor que dicte el *a-quo* ordenando cumplir lo dispuesto por el *ad-quem*.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE.

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

FALLA DEL SERVICIO DEL EJERCITO/SERVICIO MILITAR/CONSCRITO

Poco importa que la enfermedad que finalmente mató al soldado, la haya adquirido durante el servicio o haya ingresado con ella. Se hace esta afirmación porque la falta de asistencia médica fue tan notoria que puede calificarse como la causa decisiva del deceso. Si se hubiera hecho su diagnóstico oportuno, el soldado o no habría sido calificado como apto, o habría sido desvinculado del servicio o se le habría suministrado el tratamiento que requería con urgencia. Impresiona, fuera de esta elemental falta de atención médica para con alguien que prestaba su servicio militar obligatorio y gratuito, el trato inhumano que recibió de sus superiores el soldado, durante la instrucción militar.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Santafé de Bogotá, D.C., octubre dieciocho (18) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Doctor Carlos Betancur Jaramillo.*

Referencia: Expediente No. 6667. Consulta. Actor: José Hernando Chica y Otros.

Procede la sala a resolver el grado de consulta de la sentencia de 22 de febrero de 1991, dictada por el tribunal administrativo de Antioquia, mediante la cual se dispuso:

“1.— DECLARASE A LA NACION RESPONSABLE de los daños morales causados a los demandantes con motivo de la muerte de su hijo y hermano Carlos Alberto Chica Ochoa, ocurrida el día 5 de octubre de 1986 en la Clínica del Rosario de la ciudad de Medellín”.

SECCION TERCERA

"2.— CONDENASE POR TANTO A LA NACION a pagar a cada una de estas personas lo que sigue: a) Una suma equivalente a 1000 gramos de oro puro a José Hernando Chica. b) Una suma equivalente a 1000 gramos del mismo metal a Rocío de los Angeles Ochoa. c) La cantidad de dinero que corresponda a 500 gramos de oro fino a cada uno de los hermanos Nelson Enrique, Marta Ofelia, Diego León, Campo Elías, Blanca Rocío, Janet, Flor Estela, Oscar Hernando y Luz Angela Chica Ochoa. Se tendrá en cuenta para este efecto la cotización que tenga el referido metal en la fecha de la ejecutoria de la presente providencia".

"3.— NIEGANSE LAS DEMAS PETICIONES DE LA DEMANDA".

"4.— SE DARA cumplimiento a los artículos 176 y 177 del C.C.A."

En la demanda el 7 de octubre de 1988, se narran, en síntesis, los siguientes hechos:

1) Que el señor Carlos Alberto Chica fue llamado a prestar el servicio militar, para lo cual se le practicaron los exámenes de rigor habiéndosele encontrado en buen estado de salud y apto para dicho servicio.

2) Que empezó a prestar su servicio a comienzos de 1985 y fue desplazado a la Décima Cuarta Brigada, en Puerto Berrio, guarnición Guazimal.

3) Que a los tres meses de su incorporación empezó a sufrir altísimas fiebres y prestó juramento encontrándose enfermo.

4) Que durante todo el servicio el soldado Chica se vio afectado de fiebres altas y fue recluido varias veces en la enfermería, sin que nunca fuera atendido por un médico.

5) Que sólo el día en que fue dado de alta, el 3 de octubre de 1986, fue atendido por un médico y ese mismo día fue abandonado con fiebre en Puerto Berrio.

6) Que allí otro de los compañeros se apiadó de él y lo entregó a sus padres en Medellín, en la madrugada del 4 de ese mismo mes.

7) Que ese mismo día fue enviado por la Cuarta Brigada a la Clínica del Rosario donde falleció por coma diabético el 5 siguiente.

El tribunal luego del trámite de la instancia decidió en la forma transcrita atrás. Para llegar a esa conclusión el *a-quo* anota, luego de poner de relieve el trato inhumano que recibió el recluta y la falla de tratamiento médico adecuado que se le siguió:

“7.— Así las cosas, la pregunta que se formuló la sala debe ser respondida así: el concripto no fue bien tratado: no se tuvo siquiera la precaución de hospitalizarlo y de ordenar los exámenes que sus fiebres, sus mareos, sus vómitos constanes, etc. hacían imperativos. Optaron más bien por obligarlo a que sacrificara su precaria salud ante el sagrado altar del servicio: el soldado muere de pies, como los viejos robles de las provincias españolas, parece afirmar el impiadoso capitán de que hablan los testigos”.

“7.1. Los declarantes cuentan también que Carlos Alberto fue dado de alta, a pesar del deplorable estado de su organismo. “Yo salí de la enfermería y lo encontré con una pantaloneta enfermo y lo traje para la casa, estaba tirado lo encontré en el parque de Pto. Berrío éste estaba tomando una bretaña él tenía las manos en el estómago y me dijo que no lo dejara por allá, que lo trajera para la casa y así fue, yo si lo ví muy mal, cogí un bus, le dí el puesto que me tocaba porque él no tenía puesto y yo me vien (sic) parado, paramos en Porce, esta fue la primera parada que hizo el bus para darle una gaseosa, entonces él al tomarse la gaseosa la vomitó y así llegamos hasta el parque de Bello, me dijo que cogiera un taxi y que llevará (sic) a la casa” (Otoniel Rodríguez Folio 86 vuelto)”.

“7.2 Sus familiares lo trasladaron a la sección de sanidad de la Cuarta Brigada el mismo día de su llegada a la ciudad de Medellín. Y el oficial de Sanidad de dicha Brigada ordenó su traslado inmediato a la Clínica del Rosario (Folio 104). Pero era tarde. No había ya tiempo de enmendar la desidia de los responsables del Batallón Bomboná, porque el mal que aquejaba a Carlos Alberto había causado daños irreversibles. Como lo afirman los peritos médicos, el “Pronósticos del coma diabético es grave factor agravante: Si es mayor de 12 h., prácticamente se considera irreversible, si hay anuria u oliguria y si la glicemia es mayor de 1000 mg/o”.

“8.— El Ejército tenía la obligación legal de suministrarle al soldado la atención médica y hospitalaria que demandaba su caso. Como no lo hizo, o lo llevó a cabo de una manera muy deficiente y tardía, ha de concluirse que la Nación incurrió en una clara falla del servicio”.

Ninguna de las partes manifestó su desacuerdo con el fallo, circunstancia que impuso la consulta del mismo. Durante el trámite de la segunda instancia sólo se pronunció el señor Fiscal Décimo de la corporación, quien en su vista de agosto 22 de 1991 (a folios 252 y ss) conceptúa que se confirme la sentencia consultada. En su escrito se recalca el trato inhumano que recibió el soldado enfermo, que no se compadece con lo que debe ser el servicio militar. De esa opinión, se destaca:

"Igualmente a folio 159 obra el oficio 28793 suscrito por el Jefe Departamento de Personal Ejército en el cual afirma que el soldado Carlos Alberto Chica Ochoa le fueron practicados previamente exámenes de comprobación para ingreso a la vida militar. De lo anterior se colige que el soldado Chica Ochoa se encontraba apto físicamente en el momento de ingresar a prestar el servicio militar obligatorio".

"Igualmente de la prueba testimonial obrante a folios 80 y s.s., y a la cual hace referencia no solamente el concepto del fiscal (folio 226 y s.s.); sino la sentencia del Tribunal *a-quo* (folio 241 y s.s.), permite inferir que el soldado Carlos Alberto Chica Ochoa se encontraba al momento de ingresar al ejército, en normales condiciones de salud, y que ésta fue deteriorándose algunos meses después de haber ingresado a prestar su servicio militar obligatorio.

"En este orden de ideas, se tiene que de acuerdo con los exámenes de incorporación el joven Chica Ochoa fue encontrado apto para prestar el servicio militar, pues de lo contrario no se le hubiese llamado a filas. Que una vez en el ejército, contrajo una enfermedad que empezó a mermar su salud, sin que hubiera sido objeto de una adecuada, oportuna y eficiente atención médica por parte de las respectivas autoridades de sanidad militar. Sobre este aspecto se destaca la declaración de OMAR OSWALDO SIERRA BOHORQUEZ de lo cual se extracta lo siguiente:

"... Nunca me dí cuenta qué enfermedad tenía, hasta el día de su muerte, a mi no me comentó, ni los médicos le dijeron nada, en la última semana ya para salir del todo del servicio, fue cuando le dio la cosa más horrible de todo el tiempo, mientras estábamos en la formación pidió permiso para salir de la fila el comandante no autorizó, le dijo Mi capitán permiso para salir de la fila me voy a maluquiar y le contestó el capitán, maluquéese ahí, cáigase ahí, al ver que el soldado se maluquió le dijo el capitán levántase, no pasaron cinco minutos y ocurrió lo mismo, pidió igualmente el permiso y no le concedieron el permiso y volvió y cayó y no fue capaz de levantarse, inmediatamente entre varios compañeros lo trasladamos con el permiso del capitán a la enfermería ..."

"A todas luces, este trato que recibió el soldado Chica Ochoa por parte de sus superiores, se puede decir que fue inhumano. Las fuerzas militares no sólo deben respetar a los particulares, sino tal vez, con mayor razón a quienes cumplen con la función de prestar su servicio militar. En el caso del soldado Chica Ochoa, el estímulo que parece haber recibido, por parte de sus superiores, fue precisamente el mal trato y la poca o nula atención médica que su estado de salud requería".

“7.- Así las cosas, la pregunta que se formuló la sala debe ser respondida así: el concripto no fue bien tratado: no se tuvo siquiera la precaución de hospitalizarlo y de ordenar los exámenes que sus fiebres, sus mareos, sus vómitos constanes, etc. hacían imperativos. Optaron más bien por obligarlo a que sacrificara su precaria salud ante el sagrado altar del servicio: el soldado muere de pies, como los viejos robles de las provincias españolas, parece afirmar el impiadoso capitán de que hablan los testigos”.

“7.1. Los declarantes cuentan también que Carlos Alberto fue dado de alta, a pesar del deplorable estado de su organismo. “Yo salí de la enfermería y lo encontré con una pantaloneta enfermo y lo traje para la casa, estaba tirado lo encontré en el parque de Pto. Berrío éste estaba tomando una breña él tenía las manos en el estómago y me dijo que no lo dejara por allá, que lo trajera para la casa y así fue, yo si lo ví muy mal, cogí un bus, le dí el puesto que me tocaba porque él no tenía puesto y yo me vien (sic) parado, paramos en Porce, esta fue la primera parada que hizo el bus para darle una gaseosa, entonces él al tomarse la gaseosa la vomitó y así llegamos hasta el parque de Bello, me dijo que cogiera un taxi y que llevará (sic) a la casa” (Otoniel Rodríguez Folio 86 vuelto)”.

“7.2 Sus familiares lo trasladaron a la sección de sanidad de la Cuarta Brigada el mismo día de su llegada a la ciudad de Medellín. Y el oficial de Sanidad de dicha Brigada ordenó su traslado inmediato a la Clínica del Rosario (Folio 104). Pero era tarde. No había ya tiempo de enmendar la desidia de los responsables del Batallón Bomboná, porque el mal que aquejaba a Carlos Alberto había causado daños irreversibles. Como lo afirman los peritos médicos, el “Pronósticos del coma diabético es grave factor agravante: Si es mayor de 12 h., prácticamente se considera irreversible, si hay anuria u oliguria y si la glicemia es mayor de 1000 mg^o/o”.

“8.- El Ejército tenía la obligación legal de suministrarle al soldado la atención médica y hospitalaria que demandaba su caso. Como no lo hizo, o lo llevó a cabo de una manera muy deficiente y tardía, ha de concluirse que la Nación incurrió en una clara falla del servicio”.

Ninguna de las partes manifestó su desacuerdo con el fallo, circunstancia que impuso la consulta del mismo. Durante el trámite de la segunda instancia sólo se pronunció el señor Fiscal Décimo de la corporación, quien en su vista de agosto 22 de 1991 (a folios 252 y ss) conceptúa que se confirme la sentencia consultada. En su escrito se recalca el trato inhumano que recibió el soldado enfermo, que no se compadece con lo que debe ser el servicio militar. De esa opinión, se destaca:

“Igualmente a folio 159 obra el oficio 28793 suscrito por el Jefe Departamento de Personal Ejército en el cual afirma que el soldado Carlos Alberto Chica Ochoa le fueron practicados previamente exámenes de comprobación para ingreso a la vida militar. De lo anterior se colige que el soldado Chica Ochoa se encontraba apto físicamente en el momento de ingresar a prestar el servicio militar obligatorio”.

“Igualmente de la prueba testimonial obrante a folios 80 y s.s., y a la cual hace referencia no solamente el concepto del fiscal (folio 226 y s.s.); sino la sentencia del Tribunal *a-quo* (folio 241 y s.s.), permite inferir que el soldado Carlos Alberto Chica Ochoa se encontraba al momento de ingresar al ejército, en normales condiciones de salud, y que ésta fue deteriorándose algunos meses después de haber ingresado a prestar su servicio militar obligatorio.

“En este orden de ideas, se tiene que de acuerdo con los exámenes de incorporación el joven Chica Ochoa fue encontrado apto para prestar el servicio militar, pues de lo contrario no se le hubiese llamado a filas. Que una vez en el ejército, contrajo una enfermedad que empezó a mermar su salud, sin que hubiera sido objeto de una adecuada, oportuna y eficiente atención médica por parte de las respectivas autoridades de sanidad militar. Sobre este aspecto se destaca la declaración de OMAR OSWALDO SIERRA BOHORQUEZ de lo cual se extracta lo siguiente:

“... Nunca me dí cuenta qué enfermedad tenía, hasta el día de su muerte, a mi no me comentó, ni los médicos le dijeron nada, en la última semana ya para salir del todo del servicio, fue cuando le dio la cosa más horrible de todo el tiempo, mientras estábamos en la formación pidió permiso para salir de la fila el comandante no autorizó, le dijo Mi capitán permiso para salir de la fila me voy a maluquiar y le contestó el capitán, maluquéese ahí, cáigase ahí, al ver que el soldado se maluquió le dijo el capitán levántase, no pasaron cinco minutos y ocurrió lo mismo, pidió igualmente el permiso y no le concedieron el permiso y volvió y cayó y no fue capaz de levantarse, inmediatamente entre varios compañeros lo trasladamos con el permiso del capitán a la enfermería ...”

“A todas luces, este trato que recibió el soldado Chica Ochoa por parte de sus superiores, se puede decir que fue inhumano. Las fuerzas militares no sólo deben respetar a los particulares, sino tal vez, con mayor razón a quienes cumplen con la función de prestar su servicio militar. En el caso del soldado Chica Ochoa, el estímulo que parece haber recibido, por parte de sus superiores, fue precisamente el mal trato y la poca o nula atención médica que su estado de salud requería”.

“Se recuerda para este caso, la sentencia proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado en el Expediente No. 3852, Actor: JAIRO RODRIGUEZ DURAN. Consejero Ponente Dr. Betancur J. y de la que se extracta lo siguiente:

“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 daño por fuerza de los riesgos normales propios de la institución militar el patrimonio estatal deberá responder por tal resarcimiento”. Extracto No. 327, página 356, Tomo IV, extractos de jurisprudencia”.

Para la sala la sentencia deberá confirmarse, ya que el análisis hecho por el tribunal, respaldado por su fiscal colaborador, está en un todo ajustado a la realidad procesal y probatoria.

Muestran los hechos que el soldado Carlos Alberto Chica Ochoa sufrió serios quebrantos de salud durante el tiempo que duró su servicio militar; y que pese a los síntomas alarmantes que presentó durante su permanencia como conscripto nunca fue atendido médicamente, como era elemental y necesario; dejándolo en manos de una enfermería no apta para curar sus males.

Para la sala y para confirmar lo decidido por el *a-quo*, poco importa que la enfermedad que finalmente lo mató la haya adquirido durante el servicio o haya ingresado con ella. Se hace esta afirmación porque la falta de asistencia médica fue tan notoria que puede calificarse como la causa decisiva de su deceso.

No existe duda alguna que si se hubiera hecho su diagnóstico oportuno, el soldado o no habría sido calificado como apto, o habría sido desvinculado del servicio o se le habría suministrado el tratamiento que requería con urgencia, no sólo a base de dieta sino con drogas apropiadas.

No se requiere tener especiales conocimientos médicos para saber la gravedad que presenta la diabetes, en especial en la época juvenil (diabetes tipo I), la que si no se trata oportunamente, como lo dice el médico internista endocrinólogo en su dictamen que obra a folios 66 del cuaderno principal, “el paciente muere irremediablemente”.

Impresiona, fuera de esta elemental falta de atención médica para con alguien que prestaba su servicio militar obligatorio y gratuito, el trato inhumano que recibió de sus superiores el soldado Chica durante la instrucción militar.

Es de todos sabido que el servicio es duro y que exige grandes sacrificios. Sólo así se forjan los buenos soldados. Pero, el instructor no puede

olvidar que éstos son seres humanos que merecen ser tratados como tales. No puede olvidarse que muchas veces la instrucción militar equivocada en lugar de formar hombres de bien, los deforma y los vuelve potencialmente peligrosos.

“El enfermo es un ser sagrado, como decía un escritor anónimo, y merece que le hagamos reverencias”. Es decir, todo lo contrario de lo que la Décima Cuarta Brigada hizo con el soldado Chica.

Es tan notoria la falla del servicio en el caso *sub-judice* que sobra agregar otras consideraciones. El *a-quo*, su fiscal, los peritos, los testigos, el fiscal de la corporación, en fin todos son unánimes: falló el servicio en forma notoria; el trato para el soldado enfermo fue inhumano, cruel y despiadado. De todo esto a responder hay una secuencia lógica. De allí la sentencia consultada y la conformidad que ésta le brinda.

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

CONFIRMASE en todas sus partes la sentencia consultada de 22 de febrero de 1991, dictada por el Tribunal Administrativo de Antioquia.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVA.

Se deja constancia que esta providencia fue estudiada y aprobada en la Sala de fecha 17 de octubre de 1991.

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

ACUMULACION DE PROCESOS—Trámite

Si bien es cierto que en providencia anterior se impone al juzgador que no se limite al análisis puramente objetivo de las circunstancias generadoras de la acumulación, sino que además deberá observar aspectos como el de la conveniencia y la celeridad de tal fenómeno, también lo es que los artículos 157 y ss. del C. de P.C. no precisan expresamente los límites de las facultades del juzgador para resolver este tipo de solicitudes de acumulación de procesos, pero no podrá ello tomarse como apoyo para afirmar que se trata de una facultad discrecional, habida cuenta de la reglamentación que tales preceptivas consignan al efecto, pues lo que sí es cierto es que el juez no puede proceder de oficio en estos casos.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Santafé de Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de octubre de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Doctor Daniel Suárez Hernández.*

Referencia: Expediente No. 6840. Actor: María Enelia Ortiz de Suaza.

Conoce la Sala del recurso de apelación incoado contra el auto de 28 de febrero de 1991 proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca — Sección Tercera, mediante el cual dispuso:

“1o. Niégase la acumulación de los procesos números 87-D-3870, 87-D-3825, 87-D-3919, 87-D-3835, 87-D-3839, 87-D-3833, 87-D-3832, 87-D-3824, 87-D-3829, 87-D-3837, 87-D-3826, 87-D-3823, 87-D-3818, 87-D-3827, 87-D-3830, 87-D-3821, 87-D-3831, 87-D-3822, 87-D-3828,

SECCION TERCERA

87-D-3838, 87-D-3836, 87-D-3820, y 87-D-3834 (este último en Fiscalía para concepto), solicitada por el apoderado del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil.

“2o. Vuelvan los expedientes a los Despachos correspondientes una vez ejecutoriada esta decisión”. (fls. 119 y 120).

El auto anterior fue recurrido en apelación por una de las partes demandadas, concretamente por el Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, quien integra la parte pasiva de la relación jurídico procesal, junto con la Nación – Ministerio de Defensa Nacional. Aquél codemandado propuso la acumulación de los procesos distinguidos con los números consignados en el auto apelado, en cantidad de veintitrés (23), argumentando que todos se encuentran en primera instancia, que la parte demandada es la misma, que las excepciones propuestas con las mismas, por basarse en los mismos hechos y pruebas, a más de observar elementales principios de economía y celeridad procesal. (fl. 114 y 115).

El Tribunal, fundamenta su proveído denegatorio de la acumulación, básicamente en las circunstancias siguientes:

a) Que el fenómeno de la acumulación es Facultativo para el juez, a quien no le basta con analizar si se cumplen o no los requisitos de carácter objetivo enunciados por el art. 157 del C. de P.C.

b) Que el juez debe hacer un análisis sobre la conveniencia de la acumulación, con miras a que ésta no redunde en lentitud del trámite de los diversos expedientes acumulados.

c) Que conforme a la CONTINENCIA DE LA CAUSA, en los procesos que requieren acumulación, ésta no se rompería al proferirse fallos separados, en tanto que si se resquebrajaría el principio de economía procesal, dado que se haría lermo el adelantamiento de esa magnitud de procesos.

El *a-quo* transcribe apartes pertinentes del auto de 15 de agosto de 1985, proferida por esta Sala con ponencia del doctor JORGE VALENCIA ARANGO dentro del expediente No. 3029 (Anales del Consejo de Estado, Segundo Semestre de 1985, pág. 704). (fls. 117 a 119), para respaldar su punto de vista sobre el tema debatido.

La recurrente fundamenta su inconformidad tal como aparece a fls. 121 a 123 a 131, haciendo esfuerzos por demostrar la conveniencia de la acumulación pretendida y la existencia de los requisitos objetivos previstos por las normas legales respectivas.

La parte actora guardó total silencio, privando así a la Corporación de conocer sus puntos de vista.

Para Resolver se **CÓNSIDERA:**

1) El art. 157 del C. de P.C., modificado por la reforma No. 88 del art. 1 del Decreto 2282 de 1989, faculta a las partes para solicitar el decreto de acumulación de dos o más procesos especiales de igual procedimiento o dos o más ordinarios, cuando aquellos se encuentren en la misma instancia y además, cuando las diversas pretensiones habrían podido acumularse en la misma demanda; cuando el demandado sea el mismo y las excepciones propuestas se fundamenten en los mismos hechos, salvo que aquellas tengan el carácter de previas; cuando tratándose de ejecutivos se persiga exclusivamente la misma cosa hipotecada o dada en prenda, o, que en estos casos todos los acreedores acepten que se acumulen a un ejecutivo quirográfico.

2) La redacción del art. 157 del C. de P.C., aplicable al proceso contencioso administrativo de conformidad con el art. 267 del C.C.A., permite afirmar, sin lugar a dudas, que la acumulación, siempre y cuando se cumplan las exigencias objetivas de ley, es facultativa de cualquiera de las partes en los diversos procesos por acumular.

3) Si bien es cierto que la providencia de esta Sección de 15 de agosto de 1985 impone al juzgador que no se limite al análisis puramente objetivo de las circunstancias generadoras de la acumulación, sino que además deberá observar aspectos como el de la conveniencia y la celeridad de tal fenómeno, también lo es, que los arts. 157 y ss. del C. de P.C. no precisan expresamente los límites de las facultades del juzgador para resolver este tipo de solicitudes de acumulación de procesos, pero no podría ello tomarse como apoyo para afirmar que se trata de una facultad discrecional, habida cuenta de la reglamentación que tales preceptivas consignan al efecto, pues, lo que si es cierto es que el juez no puede proceder de oficio en estos casos.

4) Le asiste razón a la Sección Cuarta de esta Corporación, cuando sobre el tópico que aquí se trata, razonó de la siguiente manera:

“La razón de ser de la figura de la acumulación está en evitar que se surtan diferentes procesos para resolver cuestiones que están relacionadas entre sí, en que se logre la eficacia procesal disminuyendo duplicidad de trámites y gastos para las partes especialmente en materia probatoria para no tener que repetir pruebas y alegatos en cada proceso, en que los pleitos sean lo más cortos posible, que no proliferen sin justificación y que se tramiten conjuntamente si ello es posible y se puedan resolver en una sola providencia. Además de que la acumulación permite que no se den fallos contradictorios, manteniendo así vigente el principio de la cosa juzgada.

“Lo anterior, ha sido unánimemente aceptado por la doctrina y encuentra su debido desarrollo en las normas que en la legislación positiva

consagran la acumulación y es allí en donde se recogen los principios de economía procesal, certeza jurídica, eficacia procesal, etc. a que hace referencia la jurisprudencia citada por el auto apelado.

“En dichas normas, se establecen de manera expresa, los requisitos que deben cumplirse para que proceda la acumulación de procesos y el trámite del incidente a través del cual se resuelve sobre su petición (Artículo 157 y siguientes del Código de Procedimiento Civil. Decreto 2282 de 1989, artículo 1o. modificación 88). Se dispone que debe citarse a las partes cuando se solicitan los otros expedientes y que debe darse traslado a las mismas una vez reunidos éstos.

“Lo anterior permite concluir que la facultad para resolver sobre una petición de acumulación de procesos es una competencia reglada ya que si se dan dichos requisitos y no existe una causa legal, para negarla, el juez competente debe decretarla.

“En el caso de autos, se cumplió estrictamente el trámite mencionado y ninguna de las partes a quienes se citó y dio traslado dentro de la oportunidad procesal pertinente, se opuso. En dichas condiciones no puede el juez a su arbitrio resolver si decreta o no la acumulación pedida, ya que habiéndose cumplido a cabalidad las exigencias legales debe decretarse la acumulación, sin que sean procedentes, apreciaciones subjetivas al respecto.

“Lo anterior aparece claramente confirmado, en la misma legislación positiva, la cual sanciona a la parte que solicita la acumulación sin que se den dichos requisitos: el artículo 159 del Código de Procedimiento Civil (Decreto 2282 de 1989, artículo 1o. modificación 88) al regular el trámite de la acumulación dispone en su inciso 4o.:

“Reunidos los expedientes, el juez decidirá sobre su acumulación. Negada ésta, se condenará al solicitante y a su apoderado a pagar sendas multas de cinco a diez salarios mínimos mensuales sin perjuicio de las costas’.

“Si fuera facultativo del juez decretar o no la acumulación de procesos no tendría razón de ser la sanción mencionada, ya que ésta tiene por objeto, precisamente, el que no se utilice la figura de la acumulación para desconocer la eficacia y agilidad en la administración de justicia, castigando a quien abuse de su derecho y la pide sin que se cumplan los requisitos exigidos por la ley, multa que antes se destinaba a las demás partes”. (Auto de 23 de noviembre de 1990, Consejera Ponente Dra. Consuelo Sarria Olcos; Expediente No. 2987).

Por las razones anteriores y dado que se cumplen las exigencias objetivas que para la acumulación de procesos señala la ley procedimental,

habrá de revocarse el auto apelado y en su defecto se accederá a la petición de acumulación impetrada por el señor apoderado del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, a efecto de que se sigan adelantando todos los expedientes por ella relacionados, bajo el mismo trámite y se resuelvan con una sola sentencia, para lo cual los procesos más adelantados, se suspenderán hasta que los demás se coloquen en el mismo estado de ellos.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera,

RESUELVE:

REVOCASE el auto de 28 de febrero de 1991, proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera y en su lugar DECRETASE la acumulación de los procesos distinguidos con los números 87-D-3870, 87-D-3825, 87-D-3919, 87-C-3835, 87-D-3839, 87-D-3833, 87-D-3832, 87-D-3824, 87-D-3829, 87-D-3837, 87-D-3823, 87-D-3818, 87-D-3827, 87-D-3830, 87-D-3821, 87-D-3831, 87-D-3822, 87-D-3828, 87-D-3838, 87-D-3836, 87-D-3820 y 87-D-3834, que se adelantan ante ese Tribunal.

Cópiese, Notifíquese y Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Este auto fue discutido y aprobado por la Sala en Sesión de fecha, 24 de octubre de 1991.

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

ACTO DE ADJUDICACION

Quien impugna un acto de adjudicación debe probar no sólo que su propuesta fue la mejor, desde el punto de vista administrativo y para una más eficaz prestación del servicio público pretendido, sino que la propuesta de la parte beneficiada con la adjudicación no reunía las exigencias legales o no era la más adecuada para la administración. La calificación judicial de una propuesta como mejor que la señalada por la administración, parte ordinariamente de una errónea calificación de los factores, de un desconocimiento de los mismos o de la infracción de la normatividad legal que rige el proceso selectivo. La evaluación previa de un comité asesor, ciertamente es un factor importante, pero nunca definitivo u obligatorio para el funcionario u organismo competente para hacer la adjudicación.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Santafé de Bogotá, D.C., octubre veinticinco (25) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Doctor Carlos Betancur Jaramillo.*

Referencia: Expediente No. 6262. Contratos. Actor: Víctor R. Medina Salcedo.

Procede la sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 2 de mayo de 1990, mediante la cual el tribunal administrativo de Boyacá absolvió al Instituto de los Seguros Sociales — Seccional Sogamoso — de las pretensiones de la demanda (a f. 120 de cuaderno principal).

En el escrito introductorio de 3 de junio de 1987 se narraron, en síntesis, los siguientes hechos:

a) Que el Instituto de los Seguros Sociales, seccional Boyacá, abrió licitación pública con fecha de cierre en 28 de enero de 1987, para el suministro de alimentación a los afiliados y beneficiarios de la Seccional.

b) Que el demandante presentó propuesta y ésta fue calificada por el comité asesor como la mejor.

c) Que no obstante esto, le fue adjudicado el contrato al segundo calificado, o sea a IDEPAN (Luis Hernán Camargo Pérez), quien no demostró ser persona jurídica y de quien no se sabe si es persona natural.

d) Que para la época de la adjudicación el demandante se encontraba provisionalmente prestando el servicio licitado, el que debía ser coordinado con la dietista de la Clínica.

e) Que dicha dietista envió en ese entonces un memo de requerimientos al demandante, el cual fue aclarado oportunamente.

f) Que la misma funcionaria empezó a tratar mal a los empleados de la cocina y les manifestó que se opondría a la adjudicación del contrato.

g) Que finalmente la mencionada profesional rindió concepto adverso contra el proponente demandante, quien, pese a esto, obtuvo el más alto puntaje.

El *a-quo* para tomar la decisión denegatoria que se indicó atrás, expuso en torno a la legitimación en la causa por pasiva lo siguiente:

“El artículo 137 del C.C.A., hablando del contenido de la demanda, nos dice que toda demanda ante la Jurisdicción Administrativa, deberá dirigirse al Tribunal competente y contendrá:

“1o.— La designación de las partes y de sus representantes ...”.

“Cuando dicha norma se refiere a que el demandante debe señalar las partes y sus representantes, se entiende desde luego que esas partes y sus correspondientes representantes deben señalarse en forma correcta, en lo que se refiere al demandado porque es indispensable saber a quién se le endilga la responsabilidad del acto acusado. Entonces la legitimación en la causa, o legitimación para obrar, referida a los sujetos de la pretension procesal y a su objeto, consiste como lo ha dicho el Honorable Consejo de Estado, (Sentencia de 6 de abril de 1989), en la identidad de las personas que figuran como sujetos por activa o por pasiva

SECCION TERCERA

de la pretensión procesal, con las personas a las cuales la ley otorga el derecho para postular determinadas pretensiones”.

“En el caso concreto y en el capítulo Designación de las partes y sus representantes, después de señalar al demandante, dice el actor en la demanda: “El Instituto de los Seguros Sociales, Seccional Boyacá con sede o domicilio en Sogamoso, actualmente representado por su gerente, doctor Enrique Alfonso Rosas Carrero, es la demandada”.

“Se tiene entonces que, solo un Seguro Social existe y ese es un establecimiento público del orden Nacional. La seccional de Sogamoso no tiene personería jurídica, no puede independientemente ser sujeto de derechos y obligaciones, razón por la cual, su gerente es designado por el Director General y para poder contratar u otorgar poder se requiere de autorización expresa del superior y de allí que la resolución 00350 de 1980 delegue en los gerentes seccionales la celebración y ejecución de contratos, y la facultad de otorgar poder a los abogados para la prestación de servicios. Entonces es apenas obvio que esas seccionales pueden realizar determinados actos, pero en casos como el presente no pueden ser demandado, sino que habrá de demandarse es al Seguro Social, entidad de carácter Nacional representado por su Director y de ninguna manera a la Seccional representada por el Gerente.

“Como aquí se demandó a la Seccional representada por ese gerente, no hay legitimación en causa por pasiva y por esta razón habrá de absolverse a los Seguros Sociales Seccional de Sogamoso”.

Descontenta la parte actora con la sentencia, interpuso apelación.

En su escrito que obra a folios 122 y ss hace la sustentación correspondiente.

Concedido éste por el *a-quo*, el auto fue motivo de impugnación, por considerar la parte demandada que el asunto era de única instancia.

El tribunal mantuvo su decisión.

Aprehendido el conocimiento por esta sala, mediante auto de septiembre 25 de 1990 se consideró que el proceso no tenía vocación de segunda instancia, en razón de la cuantía. Suplicado el auto, la sala de decisión lo revocó y admitió, en consecuencia, el recurso propuesto.

Cumplido el trámite de la segunda instancia, es oportuno decidir. Para ellos se considera:

Para la señora Fiscal séptima de la corporación, la sentencia merece ser confirmada. Así en su vista de julio 24 de 1991 (a folios 175 y ss) se anota:

“Reiteradamente la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sostenido que si bien, la adjudicación de una licitación es un acto reglado éste no se encuentra exento de cierto grado de discrecionalidad. Añade que es reglado, porque la administración para llevarla a cabo se debe ajustar a una serie de requisitos previos, que reunidos se evalúan en conjunto, llegando a determinar la entidad pública la llamada “mejor propuesta”, siendo aquí donde juega la discrecionalidad Administrativa”.

“En el caso de autos como anteriormente se consignó, aunque el Comité Asesor de Adjudicaciones del Instituto de Seguros Sociales, recomendó se adjudicara dicha licitación al señor Víctor Rey Medina, persona que además obtuvo el mayor puntaje (525), también se dejó pendiente el concepto técnico que debía rendir la dietista del Instituto”.

“Es así, como para la Fiscalía, el señor Víctor Medina Salcedo ha debido desvirtuar la conveniencia aducida por el ISS, situación que terminó con la adjudicación de la precitada licitación pública a la firma IDE-PAN, apoyándose en pruebas que le sirvieran para contradecir la apreciación y calificación errónea de la administración dada a sus servicios a través del concepto técnico rendido por la dietista del ISS”.

“Ahora bien, según parece, existía en el momento de apertura y adjudicación de la licitación pública en mención, enemistad comprobada a través de los testimonios aportados al informativo, entre la dietista nutricionista del ISS, señorita Yadira Ortegón y el señor Rey Medina, factor que contribuyó a que dicha funcionaria, profiriera concepto negativo en cuanto a la propuesta, a pesar de ser esta la más alta y calificada (fls. 206 a 213 y 217 a 218 del C. No. 2)”.

“Para la Fiscalía la conducta de la funcionaria que se desempeñaba como dietista nutricionista del ISS, debe investigarse por la Procuraduría General de la Nación, pues existen serios indicios, pues al proferir su concepto técnico no lo hizo con criterio serio, imparcial, honesto, existiendo una posible falta disciplinaria de dicha funcionaria”.

“Aún así, la Fiscalía debe precisar que se encuentra de acuerdo con el Tribunal de Instancia, pues como se observó anteriormente, el Actor no demostró en el informativo los supuestos de hecho para que su propuesta fuera favorecida con la adjudicación de dicha licitación pública, evidenciando así que los criterios utilizados por el Instituto de los Seguros Sociales – Seccional Boyacá, fueran equívocos o errados”.

LA ACCION ESCOGIDA Y LA PARTES

Para la sala la sentencia será confirmada, aunque por razones diferentes a las expuestas por el tribunal y por la fiscalía.

Antes de entrar al fondo del asunto la sala hace las siguientes precisiones:

La parte demandada es el Instituto de los Seguros Sociales. Dicho Instituto expidió el acto impugnado (la resolución No. 00228, de febrero 6 de 1987) a través de su Seccional de Boyacá la que tenía delegación suficiente para dicho efecto (ver resolución 0350 de 1986), mediante la cual se adjudicó el contrato de "suministro de alimentación de los beneficiarios y afiliados del ISS, Seccional Boyacá hospitalizados en la clínica Sogamoso y el servicio de cafetería para los funcionarios y trabajadores que allí laboren" a la firma Idepan (Luis Hernán Camargo Pérez), el 26 de febrero de 1987.

Dicha parte demandada recibió notificación del auto admisorio a través de su Director General (Ver documentos a folios 51 y ss del cuaderno principal), y ha venido actuando a lo largo de este proceso sin alegar la falta de legitimación en la causa. Además, el gerente de la seccional del Instituto en Boyacá otorgó poder para la defensa del ente, con base en la resolución 0350 de marzo de 1980 y 2433 de junio 25 de 1987. El adjudicatario, pese a la oposición del demandante, fue vinculado expresamente al proceso. Lo precedente muestra que no le asiste la razón al *a-quo* cuando afirma que la demanda estuvo mal dirigida, Olvidando de paso que la ilegitimidad de la personería no puede alegarla sino la persona indebidamente representada, y que en eventos como el aquí estudiado tampoco puede desconocerse que los directores de las seccionales del ISS tienen delegación para representar judicialmente al Instituto en los asuntos de su región.

Lo anterior hace pensar que el *a-quo* siguió la vía de la menor resistencia, prestándole así un flaco servicio a la administración de justicia.

Pese a que ya esto no puede ser objeto de debate, la demanda intentada muestra una típica controversia de tipo contractual y no una simple acción de restablecimiento, como la calificó la sala de decisión para aprehender la competencia en segunda instancia por razón de la cuantía. Basta leer al *petitum* para corroborar este aserto. Allí se solicita la nulidad del acto de adjudicación del contrato y como consecuencia la adjudicación del mismo; con lo que se estaba pidiendo también implícitamente la nulidad del celebrado con el adjudicatario señor Luis Hernán Camargo Pérez (Idepan). El restablecimiento pretendido así lo da a entender.

Por eso mismo debió calificarse la cuantía no para el evento contemplado en el numeral 9 del artículo 131 del C.C.A., sino para los procesos contractuales señalados en el numeral 8 del mismo artículo.

EL ACTO DE ADJUDICACION

El acto de adjudicación fue demandado por el licitante vencido, señor Carlos Bernardo Medina Torres, persona legitimada para el efecto, quien alega que su propuesta fue la mejor; y que el contrato se le debió adjudicar, ya que el señor Luis Hernán Camargo Pérez (Idepan), el segundo calificado, no reunía las exigencias legales y ni siquiera se sabe si es persona jurídica o natural.

Quien impugna un acto de adjudicación (legitimación que comunmente está circunscrita a los licitantes vencidos) debe probar no sólo que su propuesta fue la mejor, desde el punto de vista administrativo y para una más eficaz prestación del servicio público pretendido, sino que la propuesta de la parte beneficiada con la adjudicación no reunía las exigencias legales o no era la más adecuada para la administración.

La administración al hacer la adjudicación ejerce una competencia reglada. Por lo tanto, la administración no puede hacer la selección del futuro contratista en forma amañada, caprichosa o arbitraria, sino ceñida a los criterios que la ley le señala.

Pero la aplicación de esos criterios, dada la amplitud y hasta cierto punto la vaguedad de los mismos, no permite una aplicación matemática o rígida, sino que le facilita a la administración, sin salirse ellos, definir quien representa la mayor propuesta, la más conveniente. Baste leer el art. 33 del decreto 222 de 1983 que enuncia esos criterios para entender el alcance valorativo de conjunto que le impone dicha norma a la entidad pública que abre una licitación.

Puede afirmarse que ante propuestas similares o equivalentemente adecuadas para la administración el juez del contrato no tiene nada que hacer. Aquí prevalece el principio de que la calificación de conveniencia escapa, en cierta forma, el control jurisdiccional.

Pero, cosa diferente sucede cuando ese mismo juez detecta dentro del proceso y con base en sus pruebas, que la escogencia de la mejor propuesta se salió de los límites razonables o muestra una errónea o equivocada apreciación de los criterios. En otros términos la calificación judicial de una propuesta como mejor que la señalada por la administración, parte ordinariamente de una errónea calificación de los factores, de un desconocimiento de los mismos o de la infracción de la normatividad legal que rige el proceso selectivo.

Es conveniente no olvidar esta idea porque, de lo contrario, si el juez pudiera siempre y en todos los casos, sin detectar esos errores u omisiones, anular las adjudicaciones y hacer otra calificación diferente de mejor pro-

puesta, estaría invadiendo el campo o la actividad propia de la administración, con desconocimiento así del principio de la separación de los poderes. Se mostraría así la jurisdicción extraviada en la administración.

EL CASO *SUB-JUDICE*

Frente al caso en estudio, se anota:

Afirma el demandante que presentó la mejor propuesta. Y se basa para ello en el hecho de que el comité asesor de compras, según consta en el acta No. 003 de febrero 5 de 1987, le otorgó a su propuesta el máximo puntaje (525 sobre 600) y le dio a la firma que recibió la adjudicación 450 puntos (ver documentos a folio 15 del cuaderno No. 2).

Para la sala el argumento esgrimido por la parte actora no es valedero en toda su extensión. La evaluación previa de un comité asesor como el aquí mencionado, ciertamente es un factor importante, pero nunca definitivo u obligatorio para el funcionario u organismo competente para hacer la adjudicación.

El punto lo ha definido la jurisprudencia, para la cual si fuera obligatorio el concepto del organismo asesor la adjudicación estaría, en últimas, a cargo de éste y no del competente según la ley para dicho efecto.

Pero aún aceptando que en el evento estudiado fuera obligatorio ese concepto o comprometedor para la administración, su valor demostrativo no sería tan contundente porque no discrimina el puntaje que se le otorgó a cada uno de los criterios utilizados (precio, solvencia, calidad, y registro de proveedores) y deja pendiente el concepto técnico de la dietista del Instituto, aspecto de especial importancia en los contratos de suministro de alimentos. Concepto que en definitiva no favoreció al demandante, tal como se lee a folio 72 del cuaderno principal, y sí es ampliamente favorable a Idepan por su experiencia en el ramo y la calidad de sus servicios.

Trata de cuestionar ese concepto la parte actora con una serie de afirmaciones que no tienen respaldo dentro del expediente unas y otras son irrelevantes. En primer lugar, manifiesta que la dietista del Instituto (la que emitió el concepto) era amiga del gerente de la seccional. Pues bien, aceptando esa amistad íntima para algunos, ¿qué incidencia tuvo en la adjudicación? Quizás habrá sido indiciaria (aunque un indicio leve) si esa amistad hubiera sido con el adjudicatario, quien resultó favorecido con el concepto, pero esto ni siquiera se puso en evidencia.

Que la misma dietista era enemiga suya, dice el señor Medina Torres. Esta afirmación no tiene respaldo probatorio suficiente y no se puede deducir del llamado de atención que la funcionaria le hizo sobre la desmejora en la calidad de los alimentos que venía suministrando en forma provisional.

Ese control de alimentos le tocaba a la dietista y no se probó que hubiera sido caprichoso o de mala fe.

Que al señor Hernán Camargo Pérez, el dueño de Idepan, se le compraban los alimentos para los funcionarios y empleados que debían transnochar y que esa compra se hacía por orden de la dietista. Este hecho también es irrelevante y nadie lo desconoce.

Además, se afirma que se hacía tal cosa porque la cafetería no funcionaba las 24 horas y porque los comestibles y bebidas que vendía Idepan eran satisfactorios y de buena calidad.

Lo precedente permite concluir que no se probó que la propuesta de la parte actora hubiera sido la mejor.

Fuera de lo dicho, resultó también demostrado que el demandante no figuraba en el registro de proveedores en la época en que se hizo la licitación, con lo que se contrarió una de las exigencias del pliego de condiciones; y que, por sí sola, habría impedido la adjudicación al demandante. (ver constancia v télex emanados del Instituto, a folios 310 y 311 del cuaderno No. 2).

Se le recuerda finalmente al *a-quo* que la intervención de la Seccional del Instituto en el proceso ni siquiera requería que ésta tuviera personería jurídica. Es inequívoca la demanda cuando se dirige al ISS, representado por su director general; a quien, como se observa, se le hizo notificación personal del auto admisorio de la demanda.

Además, el art. 150 del C.C.A., es claro cuando admite en los asuntos del orden nacional la notificación personal a los representantes legales de los entes públicos, por conducto del correspondiente funcionario la mayor categoría de la entidad demandada que desempeña funciones a nivel seccional. Aquí la ley es clara. Esa notificación a nivel seccional no está condicionada a que a ese nivel exista una persona jurídica autónoma que pueda válidamente recibirla.

Se borra cualquier duda al respecto, si se tiene en cuenta que la gerencia del Instituto, autorizada por su junta directiva, expidió en 1988 la resolución 1672 que muestra claramente la delegación que la Dirección del Instituto hace en los directores o gerentes seccionales para la representación judicial del mismo a nivel regional (art. 9).

Por lo expuesto, y en desacuerdo 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

CONFIRMASE, aunque por razones diferentes, la sentencia de 2 de mayo de 1990.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVA.

Se deja constancia que esta providencia fue estudiada y aprobada en la Sala de la sesión de fecha 24 de octubre de 1991.

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

INDEBIDA ACUMULACION DE PRETENSIONES/ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO — Procedencia/ ACCION DE REPARACION DIRECTA— Improcedencia

La acción de restablecimiento incluye la indemnización de los perjuicios que haya infligido al actor el acto ilegal. Esta lógica excluye la separación de las dos pretensiones mediante un procedimiento que consistiría en un proceso la nulidad del acto, y, en uno distinto, la indemnización del daño ocasionado por él; menos aún se puede admitir que, inicialmente, se solicite la nulidad y la reparación de una parte del daño y dejar para más adelante y en proceso independiente la reclamación de otros perjuicios adicionales.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Santafé de Bogotá, D.C., veinticinco (25) de octubre de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Doctor Juan de Dios Montes Hernández.*

Referencia: Expediente No. 6462. Actor: Eduardo Helí Peñaranda Torrado y otros.

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de los demandantes en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Norte de Santander, el 1o. de octubre de 1990, en virtud de la cual decidió “Inhibirse para fallar, por ineptitud sustantiva de la demanda”.

ANTECEDENTES PROCESALES

1o.— LA DEMANDA. El 2 de diciembre de 1987, obrando por medio de apoderado judicial, concurren ante el Tribunal Contencioso Administrativo de Norte de Santander, en nombre propio y en representación de los menores JOSE ALEJANDRO, CARLOTA ADRIANA, NANCY ROCIO y LINDA NICASIA PEÑARANDA VERGEL, los señores EDUARDO HELI PEÑARANDA TORRADO y EDILIA MARIA VERGEL DE PEÑARANDA; y RAFAEL EDUARDO, MARTHA ELVIA y EMMA YAMILE PEÑARANDA VERGEL, para demandar del Municipio de OCAÑA la satisfacción de las siguientes pretensiones:

“A) PARTE DECLARATIVA.

“PRIMERA.— Declárase que el Municipio de Ocaña, es responsable por acción dolosa, imprevisión y violación de Normas substanciales y procedimentales en ejercicio de sus funciones y potestad como Estado, al tenor de lo dispuesto en el artículo 20 de la Constitución Nacional, de todos los daños y perjuicios civiles, morales y materiales causados a mis poderdantes, mayores de edad, y vecinos del Municipio de Ocaña, con ocasión del despojo ordenado por el Decreto No. 155 de diciembre 16 de 1985 del lote de terreno adjudicado mediante Resolución No. 130 de marzo 20 de 1985. Acto Administrativo declarado nulo, mediante providencia de junio treinta de mil novecientos ochenta y siete, originaria del H. Tribunal Contencioso Administrativo del Departamento Norte de Santander, con la consecuencia de la pérdida de elementos materiales, elevación de los costos de materiales de construcción, desmembración del vínculo familiar y la incertidumbre y permanente sozobra —sic— en que estuvieron y están aún sometidos mis poderdantes, al tener que estar habitando el inmueble en la Carrera 28 No. 6-18 Barrio Caracolí del Municipio de Ocaña, a la avalancha del Río Tejo.

“SEGUNDA.— Que se declare igualmente que el MUNICIPIO DE OCAÑA, está obligado a reconocerles, resarcirles y pagarles a mis poderdantes, todos los daños y perjuicios a que se refiere la súplica primera de la demanda en su condición de afectados y víctimas del ilegal despojo.

“B) PARTE CONDENATORIA

“PRIMERA.— Que se condene al Municipio de Ocaña, a pagarle a mis poderdantes, la suma de UN MIL GRAMOS ORO, por persona accionante por los perjuicios morales, infringidos —sic— con la expedición del Decreto No. 155 de diciembre 16 de 1985 que despojó a mis poderdantes del lote adjudicado en su calidad de damnificado por las inundaciones del Río Tejo, que atraviesa el Municipio de Ocaña, y tener

que refugiarse en las partes altas del inmueble en épocas de inundaciones o repartir su cuadro familiar en hogares vecinos o establecimientos de caridad pública.

“SEGUNDA.— Que se condene al MUNICIPIO DE OCAÑA, a pagarle a mis poderdantes los perjuicios materiales, comprendido el Lucro Cesante y Daño Emergente, bajo justa tazación —sic— pericial, en cuanto hace referencia a la pérdida y deterioro de muebles y elementos de hogar, diferencia por aumento de los precios de material de construcción en relación con la obra que se adelantaba en el lote adjudicado en el Barrio Marabel por las continuas órdenes de suspensión de trabajos hasta la formalización del despojo mediante el Acto Administrativo declarado nulo; perjuicios que se avalarán —sic— de acuerdo como resultado establecido dentro del proceso o mediante el procedimiento que en caso de una Condena Ingenua, se regule por la forma establecida en el artículo 308 del C.P.C.

“TERCERA.— Que se condene a la Entidad correspondiente a dar cumplimiento a la Sentencia dentro del término establecido por el artículo 176 del Código Contencioso Administrativo”. (fls. 42 a 44 C. 1).

Los hechos constitutivos de la causa *petendi* se narraron en la demanda de esta manera:

“SEGUNDO.— Mi poderdante EDUARDO HELI PEÑARANDA TORRADO, habita en la carrera 28 No. 6-12 Barrio Caracolí del Municipio de Ocaña, desde el 6 de marzo de 1982, inmueble adquirido mediante posesión quieta, pacífica y pública, con denuncia de construcción de mejoras protocolizadas en la Notaría Unica del Círculo de Ocaña Número 1.105 de fecha 23 de octubre de 1983, prueba que se allegó al proceso No. 4854 y que originó la Sentencia que se relaciona en el número Doce.

“TERCERO.— En dicho Barrio, sector y lote mi poderdante construyó 100 metros cuadrados que comprenden una casa de habitación con cinco piezas, sala, cocina, hall, servicios sanitarios y demás; acondicionada con los servicios públicos de agua, luz eléctrica con su respectivo contador. En dicho inmueble reside con su familia compuesta por el conyuge, siete hijos que componen el núcleo familiar.

“CUARTO.— Con ocurrencia de un fenómeno de inundación del Río Tejo en los días 7 y 24 de octubre de 1984, causando la abnegación (sic) del barrio Caracolí del Municipio de Ocaña, construido en la Rivera del Río Tejo, averiando y amenazando ruina los inmuebles afectados.

“QUINTO.— Ante tal circunstancia y el eminente —sic— peligro que corren los propietarios de los inmuebles aledaños a la Rivera del Río en sus haberes materiales, y en el riesgo personal, optaron por conformar un Comité denominado “COMITE CENTRAL DE DAMNIFICADOS RIO TEJO”, con el propósito de auxiliarse mutuamente y solicitar auxilios materiales y de cambio de sede urbanística.

“SEXTO.— Reunidos y asociados los damnificados, postularon y nombraron a mi poderdante en fecha 29 de octubre de 1984, como Coordinador del Comité de Damnificados, cargo que desempeñó hasta la fecha en que la Alcaldía Municipal, lo despojó de los derechos que le asisten como damnificados y Adjudicatarios; consecuencia de la arbitraria expropiación que le hace la Alcaldía Municipal ha sido justamente la prestación y la aceptación del cargo de Coordinador de Damnificados por parte de mi poderdante, quien impidió a toda costa que se explotara políticamente la situación de adjudicación de reparto y materiales.

“SEPTIMO.— La Alcaldía Municipal mediante la Resolución No. 130 de 1985 y en consideración al peligro inminente —sic— que corre los damnificados, habitantes del Barrio Caracolí procedió —sic— adquirir un lote de propiedad del Instituto de Crédito Territorial mediante compra venta localizada en las inmediaciones del mismo sector en su parte alta denominado Barrio ‘MARABEL’.

“Inmueble adquirido por facultades extraordinarias otorgadas por el Concejo Municipal al Alcalde e inmueble protocolizado mediante la escritura 230 del 14 de marzo de 1985.

“OCTAVO.— Demostrada la calidad de damnificados con las pruebas indóneas —sic— necesarias, la Alcaldía Municipal mediante Resolución 130 de 1985, le adjudicó a mi poderdante un lote No. UNO que comprende los siguientes linderos: NORTE: 14.75 (ML), con la carrera 26 SUR en 14.40 (ML). Con el lote del Municipio, ORIENTE: en 8.35 (ML), con el Río Tejo; OCCIDENTE: 6.65 (ML), con la Calle 5a. A. Inmueble adjudicado de acuerdo a la situación física geográfica en que se encontraba mi poderdante en el anterior inmueble que fue inundado.

“NOVENO.— Adjudicado el lote como quedó en la Resolución 130 para mi poderdante y 24 adjudicatarios más, en comunicación dirigida al Señor ALCALDE MUNICIPAL DE OCAÑA, por los Beneficiarios, en la cual aceptan dichas asignaciones y ubicaciones, consolidándose el derecho adquirido en favor de mi poderdante.

“DECIMO.— Mi poderdante aportó las pruebas idóneas necesarias para demostrar la calidad de damnificado y propietario con la escritura pú-

blica número 1.105 de fecha 23 de octubre de 1983 y las constancias expedidas por los Bomberos Voluntarios, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y Cruz Roja Colombiana. Infirman (sic) aún más la calidad de damnificado el hecho de que mi poderdante haya sido Coordinador del Comité Central del Río Tejo y que por la misma circunstancia haya recibido y despachado en calidad de tal ... comunicación oficial con el Vice-Ministro de Gobierno, Alcaldía Municipal, se le halla (sic) solicitado y halla (sic) rendido cuentas con respecto al material y elementos de construcción entregados a él y que haya sido la persona que haya iniciado el trámite de orden legal tendiente a obtener el reconocimiento de la personería jurídica del Comité para el cual fue nombrado.

“DECIMO PRIMERO.— La circunstancia de ser Coordinador del Comité de damnificados y de ejercer en cierto sentido una influencia directa en la comunidad, le conllevó a grangearse (sic) alguna enemistad con funcionarios públicos lo cual ocasionó la expedición de una orden unilateral de suspensión de las labores emprendidas por mi poderdante de edificación de su morada, restricción que fue posteriormente revocada como lo demuestran las comunicaciones 220 y 222.

“DECIMO SEGUNDO.— Los despojos de los derechos por mi poderdante en su calidad de damnificado ocasionó de sus compañeros un comunicado de fecha enero 20 de 1986 protestando enérgicamente por la persecución que aqueja a mi poderdante, pruebas, y protestas que conllevó al H. Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Norte de Santander a proferir la Sentencia de fecha junio treinta de mil novecientos ochenta y siete, mediante la cual se despojó a mi poderdante y su familia del lote de terreno debidamente adjudicado.

“DECIMO TERCERO.— Toda la cadena de arbitrariedades por parte de los funcionarios Municipales y la Sentencia que se registra en el punto anterior, dan margen y derecho a declararse una indemnización en favor de los Accionantes, pues se elevaron los precios de Construcción, se deterioró la construcción adelantada en el lote adjudicado, se perdieron muebles y enseres del hogar, se deterioró el material rescatable del inmueble y en vía de demolición en favor del lote adjudicado, se quebrantó la salud de los componentes familiar y la Unidad del Hogar. Perjuicios demostrables con el acervo probatorio que se acompaña y que se recauden en la ritualización del proceso”. (fls. 44 a 47).

2o.— TRAMITE DE LA PRIMERA INSTANCIA. Admitida la demanda (fls. 58), se notificó el Alcalde Municipal de Ocaña (fls. 62) quien, por medio de apoderado especial la contestó (fls. 64-66), se opuso a las pretensiones formuladas, propuso la excepción de ilegitimidad de personería de los demandantes con excepción de EDUARDO HELI PEÑARANDA TORRA-

SECCION TERCERA

DO, único afectado por la decisión del Municipio, y pidió pruebas; el Tribunal decretó las pruebas solicitadas por las partes y, para su práctica, señaló un término de sesenta (60) días (fls. 70 y 71), al cabo de los cuales, previo el traslado, las partes no alegaron y el Fiscal del Tribunal consideró que se debía acceder a indemnizar los perjuicios materiales sufridos por los demandantes.

3o.— EL FALLO IMPUGNADO. El fallo impugnado se apoyó en este razonamiento:

“I) A fin de iluminar el criterio de la Sala resulta procedente hacer un recuento histórico de los hechos sucedidos hasta la fecha:

“a) Por razones de orden social el Gobierno Municipal de Ocaña, mediante Resolución No. 130 de marzo 20 de 1985 ordenó la adjudicación a favor de Eduardo Helf Peñaranda Torrado de un lote de terreno ubicado en el barrio Marabel de esa localidad.

“b) Posteriormente la misma Alcaldía, por Decreto No. 155 de diciembre 16 de 1985, revocó la resolución antes citada, afectando de esa manera la situación administrativa de carácter particular y concreto, reconocida a favor del adjudicatario.

“c) Eduardo Helf Peñaranda Torrado, en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho, acudió a la jurisdicción contencioso-administrativa, la cual, luego de surtirse el proceso correspondiente, produjo sentencia de mérito con valor de cosa juzgada, que en su parte resolutive dijo:

“ARTICULO PRIMERO: Se declara la nulidad parcial del Decreto No. 155 de diciembre 16 de 1985, en el literal H., numeral 2o. y artículos 2 y 3 de la parte resolutive.

“ARTICULO SEGUNDO: Como consecuencia de la nulidad parcial, el Municipio de Ocaña restablecerá en el derecho al accionante en la adjudicación del lote de terreno No. 1 Líndero: Norte en 14.75 (ML) con la carrera 26, Sur en 14.75 (ML) con lote del Municipio, Oriente en 8.35 (ML) con el río Tejo, Occidente en 6.65 (ML) con la calle 5a. y la construcción adelantada en columnas y bases para la edificación de su habitación.

“ARTICULO TERCERO: Se dará cumplimiento a esta sentencia acorde con el artículo 176 del Código Contencioso Administrativo’.

“d) Así las cosas, recurre de nuevo el señor Peñaranda Torrado a este Tribunal, con el propósito de pedir, esta vez, la reparación del daño

inferido por las disposiciones del Decreto 155 de 1985, queriendo acomodar sus pretensiones a los requerimientos del artículo 86 del Decreto 01 de 1984 regulador, para la época de presentación de la demanda, de la 'acción de reparación directa y cumplimiento'.

"II) Siendo como se ve que la 'causa petendi' de las dos acciones (el Decreto 155 de 1985 del Alcalde de Ocaña), es una sola, la pregunta que habrá de contestar la Sala como cuestión previa a una decisión será la siguiente: ¿Procede, como lo intenta el actor, separar las pretensiones de restablecimiento del derecho y de reparación del daño cuando es un mismo acto administrativo el que origina la violación y la consecuente injuria?

"Digamos, para comenzar, que la acción es el derecho que tienen las personas para pedir justicia ante el Estado. El órgano encargado de prestar este servicio de carácter esencial para los objetivos de la convivencia social es la rama jurisdiccional y la manera de hacerlo, el debido procedimiento. Según sea la naturaleza del problema lo será también la de la jurisdicción y la del proceso. De tal manera que para cada caso concreto de conflicto debe haber un juez competente y una forma de actuación judicial. Es lo que la doctrina conoce con el nombre de continencia de la causa: unos hechos, unas partes, un juez, un procedimiento, un fallo.

"Según lo anterior, dada la hipótesis de hecho contenida en la demanda —el acto de la administración municipal de Ocaña— no hay duda que el actor tiene derecho a la jurisdicción administrativa, pero condicionado, sin embargo, a que el trámite de sus pretensiones se ajuste al procedimiento específico, relacionado con la causa de las mismas.

"III) Según tesis aceptada desde 1961 por el Consejo de Estado, conocida como de los móviles y finalidades, estos elementos deben evaluarse para fijar las diferencias procesales existentes entre las diversas acciones, las cuales tienen que ver con las personas que pueden intentarlas, el tiempo de hacerlo, las exigencias de la suspensión provisional, la intervención de terceros, los poderes del juez, los efectos de la sentencia, entre otros.

"Si bien es verdad que el fin o propósito de los contenciosos de nulidad y restablecimiento y de reparación y cumplimiento, es, en esencia, el resarcimiento del derecho, difieren las dos acciones en cuanto se trata de sus motivos determinantes, ya que mientras la primera se origina en un *acto* de la administración, la segunda surge de un *hecho* de la misma. El lindero preciso entre las dos acciones, resulta, pues, de la situación objetiva alegada como causa de la violación y del daño.

"IV) Si la ley ha regulado una vía especial para el restablecimiento del derecho y la reparación del daño originados en un *acto* administrativo

y otra distinta para buscar finalidades similares pero de diferente origen, como sería el *hecho* de la administración, no tiene el administrado opción de escoger y menos, como lo ha pretendido el demandante, de utilizar ambas posibilidades, aún cuando sea, como evidentemente parece su intención, para remediar en extratiempo los vacíos de la primera y única oportunidad legal.

“La unidad de la causa determina la unidad del proceso, que abarca, a su vez, la totalidad de las pretensiones posibles. Por eso, al instaurar la acción de restablecimiento Eduardo Helí Peñaranda Torrado pudo solicitar también la reparación de una eventual lesión de su patrimonio moral y económico. No lo hizo así y por tal razón perdió el derecho. Su causa fue juzgada y no puede ser objeto de una segunda vuelta. La administración de justicia ya se pronunció mediante fallo de mérito y no le es dable al actor revivir la *litis* sobre una materia ya juzgada.

“V) Pero es que además, ni en el evento de que no se hubiere producido la caducidad de la pretensión, por estar atada inexorablemente a la de la acción de restablecimiento, tendría el asunto posibilidad de prosperar en el nuevo debate judicial. El artículo 86 del Decreto 01 de 1984, aplicable a la cuestión decía: ‘la persona que acredite interés podrá pedir directamente el restablecimiento del derecho, la reparación del daño, el cumplimiento de un deber que la administración elude, o la devolución de lo indebidamente pagado, *cuando la causa de la petición sea un hecho, o un acto administrativo para cuya prueba haya grave dificultad* (subrayas fuera de texto).

“Como no estamos frente a ‘un acto administrativo para cuya prueba haya grave dificultad’, la ‘causa petendi’ se restringe al ‘hecho’ que el mismo estatuto define como acontecimiento u omisión capaz de producir efectos jurídicos y en cuya realización no influyen de modo directo e inmediato la voluntad o la inteligencia, en contraste con el acto, que es una decisión voluntaria e inteligente de la administración. El Decreto 155 de 1985 de la Alcaldía de Ocaña claramente corresponde a un acto administrativo de dicha entidad y no a un hecho. Consecuentemente esta resolución —*acto que no hecho*— no puede ser causa eficiente del *petitum* de reparación, que por esta razón debe tacharse como inepto”.

4o.— EL RECURSO DE APELACION. El recurrente expresa su inconformidad con estas palabras:

“El *aquo* estima en su providencia que por el hecho de relacionarse en el fundamento fáctico de la demanda el acto administrativo que despojó al actor y a su familia de un lote que había sido legalmente adjudicado, sea éste el origen y causa de la acción que se impetró, NO; si ponderamos históricamente los hechos, observamos cómo se va hacia el futuro originando una serie de conductas y hechos que van agravando las con-

diciones sociales, laborales y económicas del actor y su familia; pues bien, cuando se inició la acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, se pretendía la devolución del inmueble, el cual estaba afectado por unas medidas fácticas gubernamentales y la aspiración del adjudicatario era terminar la morada para su familia. Debe tenerse en cuenta el término brevísimo de cuatro (4) meses de la caducidad de la acción; término dentro del cual era imposible dimensionar los perjuicios que efectivamente le ocasionaron en el inmueble que habitaba sobre las laderas del Río Tejo.

“Obviamente que a la consecuencia del despojo del lote, le sobrevino mucho después el deterioro de su morada, enseres y la zozobra familiar por las constantes Avenidas del Río Tejo, inclusive mucho tiempo después de la definición del juicio de nulidad y restablecimiento del derecho.

“Si reversamos los hechos con un apreciable estimativo de valor, observamos cómo el deterioro del inmueble paulatinamente conllevó a que amenazara ruina y el cuadro familiar de mi poderdante se disgregara afectando la unidad familiar.

“Se concluye cómo la acción surge autónomamente, es aislable de la nulidad y restablecimiento, no parte del mismo sistema, ni se invoca o adquiere por referencia a la ya definida, continuó vigente hacia el futuro en la medida en que las circunstancias fueron gravitando adversamente en contra de los intereses morales y pecuniarios del actor y su familia.

“Debemos predicar la acción más favorable, por eso el principio jurídico afirma ‘... que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial ...’.

“Se demostró y se reiteró dentro del plenario la serie de perjuicios infringidos —sic— a los demandantes, se allegaron las pruebas documentales respectivas y acreditantes de los cargos endilgados; por ello al concluir esta instancia ruego a la sección, acepte el pedimento del libelo demandatorio o introductorio de esta litis”. (fls. 126 a 127).

5o.— EL CONCEPTO FISCAL: El señor Fiscal Décimo de la Corporación estima que el fallo de primera instancia se debe confirmar; sus consideraciones las consigna en este texto:

“A raíz del desbordamiento del Río Tejo que causó la inundación del barrio Caracolí, en la ciudad de Ocaña, la Alcaldía Municipal profirió la resolución No. 130 de marzo 20 de 1985, por medio de la cual se adjudicó a todos y cada uno de los 24 damnificados del Río Tejo del

sector de Caracolí, un lote ubicado en el barrio Marabel, dentro de los Linderos señalados en el literal E de dicha resolución (Ver folios 29 y ss.).

“Posteriormente, la Alcaldía Municipal de Ocaña, revocó la anterior resolución por medio del Decreto 155 de diciembre 16 de 1985, afectando los derechos que se le habían reconocido al Sr. EDUARDO HELI PEÑARANDA TORRADO. (ver folios 22 y ss).

“Ante tal situación, el señor PEÑARANDA TORRADO, acudió ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, a fin de que se declarara la nulidad parcial del decreto 155 de diciembre 16 de 1985, en el literal H. numeral 2 y artículos 2 y 3 de la parte resolutive, mediante el cual se le despojó del lote de terreno legalmente adjudicado. Solicitó igualmente que se condenara al municipio de Ocaña a sustentar —sic— la Resolución 130 de marzo 20/85 y a respetar sus derechos adquiridos con la construcción adelantada de columnas y bases para la edificación de su habitación en el lote legalmente adjudicado.

El Tribunal Administrativo de Norte de Santander, en fallo de junio 30 de 1987, dispuso: ‘ARTICULO PRIMERO: Se declara la nulidad parcial del Decreto No. 155 de diciembre 16 de 1985 en el literal H. numeral 2o. y artículos 2 y 3 de la parte resolutive.

“ARTICULO SEGUNDO: Como consecuencia de la NULIDAD PARCIAL, el municipio de Ocaña restablecerá en el derecho al accionante en la adjudicación del lote de terreno No. 1 Lindero: Norte en 14.75 (ML) con la carrera 26, Sur en 14.40 (ML) con lote del Municipio, Oriente en 8.35 (ML) con el río Tejo, Occidente en 6.65 (ML) con la calle 5a. y la construcción adelantada de columnas y bases para la edificación de su habitación.

“ARTICULO TERCERO: Se dará cumplimiento a esta sentencia acorde al art. 176 del Código Contencioso Administrativo. (Ver folio 12 y ss.).

“En este orden de ideas, recurre ahora, no solamente el señor PEÑARANDA TORRADO, sino también su esposa y sus hijos menores y mayores, en ejercicio de la acción de reparación directa y cumplimiento, con el fin de que se les repare el daño ocasionado por las disposiciones del Decreto 155 de 1985, proferido por la Alcaldía Municipal de Ocaña.

“Ahora bien, es claro que la ley ha regulado los procedimientos y términos en los cuales el particular afectado se debe mover, a fin de solicitar ante la jurisdicción contencioso-administrativo la nulidad de los actos administrativos que los afectan, el consiguiente restablecimiento de sus derechos y la reparación del daño causado.

“El actor, señor Peñaranda Torrado, hizo uso de la facultad que le concedía la ley, ésto es, ejercitó la acción de nulidad del Decreto 155 de 1985 y el consiguiente restablecimiento de sus derechos. El Tribunal accedió por medio del fallo a que se ha hecho referencia, fallo que ha hecho tránsito a cosa juzgada, conforme se desprende de la providencia de julio 14 de 1987 y que en copia auténtica obra a folio 21.

“Así las cosas, el señor Peñaranda Torrado, al demandar nuevamente ante esta jurisdicción a fin de que se les reconozca los perjuicios morales y materiales ocasionados con la expedición del Decreto 155 de 1985, incurre en el fenómeno conocido como caducidad de la acción. Es apenas obvio que en la demanda en la cual pidió la nulidad del mencionado decreto y el restablecimiento del derecho, se hubiese solicitado la consiguiente indemnización por los perjuicios que tanto de índole moral como material le hubiera producido el acto administrativo acusado.

“Es más. La acción de reparación directa y cumplimiento procede, según el artículo 86 del decreto 01 de 1984 vigente a la presentación de la demanda, cuando la causa de la petición sea un hecho, o un acto administrativo para cuya prueba haya grave dificultad. En el caso que ahora nos ocupa, no ocurrió ni lo uno ni lo otro, pues la causa de la petición del accionante, es un acto administrativo la resolución 155/85 –contra el cual sólo es posible por mandato de la ley, la acción consagrada en el artículo 85 del Decreto 01 de 1984 vigente también para la época de la presentación de la demanda, modificados por los artículos 15 y 16 del Decreto 2304 de 1989, respectivamente.

“En otras palabras, la acción está caducada. Pero aún en el evento de que así no lo fuera, la demanda tampoco estaría llamada a prosperar por expreso mandato de la ley, ésto es: no procede la acción de reparación directa y cumplimiento, cuando de actos administrativos se trata”. (fls. 143 a 146).

LA SALA CONSIDERA

A) En este proceso aparecen acumuladas pretensiones que los varios demandantes esgrimen frente al Municipio de Ocaña, único demandado; la diversa situación jurídica de los actores determina a la Sala a dividir estas consideraciones en dos partes: la primera hará referencia a EDUARDO HELI PEÑARANDA TORRADO; la segunda, a los demás actores.

1) EDUARDO HELI PEÑARANDA TORRADO, se benefició con la adjudicación que le hiciera el Municipio de Ocaña de un lote de terreno situado en el barrio Marabel, distinguido como “Lote No. 1 y alindado de la siguiente manera: “Norte en .14.75 (ML) con la carrera 26. Sur en .14.40

(ML) con lote del Municipio. Oriente en 8.35 (ML) con el Río Tejo. Occidente en 6.65 (ML) con la Calle 5a”.

Esta decisión, que había sido adoptada el 30 de marzo de 1985, mediante la resolución 130 expedida por el Alcalde Municipal, fue revocada el 16 de diciembre siguiente por el Decreto 155 del mismo Alcalde (artículo segundo).

PEÑARANDA TORRADO acudió, entonces, ante el Tribunal Contencioso Administrativo de Norte de Santander, en ejercicio de la “acción de restablecimiento del derecho” (tal era la denominación legal introducida por el Decreto-Ley 01 de 1984), y formuló, frente al Municipio de Ocaña las pretensiones siguientes:

“PARTE DECLARATIVA

“UNICA: Que se declare la nulidad parcial del decreto No. 155 de diciembre 6 (sic) en el literal H. numeral 2 y artículo 2 y 3 de la parte resolutive, mediante el cual despojó a mi poderdante de un lote de terreno legalmente adjudicado mediante Resolución No. 130 de 1985, y suspensión Provisional del acto demandado.

“PARTE CONDENATORIA

“PRIMERO: Condenar al Municipio de Ocaña a SUSTENTAR —sic— la Resolución No. 130 de marzo 20 de 1985 en la parte considerativa y resolutive en particular en su artículo primero, mediante la cual se le adjudicó un lote de terreno de las siguientes características:

“LOTE No. 1. Lindero; Norte en 14.75 (ML) con la carrera 26 SUR, en 14.40 (ML) con lote del Municipio, Oriente en 8.35 (ML) con el río Tejo. Occidente en 6.65 (ML) con la calle 5a.

“SEGUNDA: Que como consecuencia de la anterior se condene en razón al sostenimiento de la providencia 130 de 1985 a respetar los derechos adquiridos por mi poderdante con la construcción adelantada de columnas y bases para la edificación de su habitación en el lote legalmente adjudicado.

“TERCERA: Que las declaraciones y condenas así (sic) impetrados se dispongan para el cumplimiento de la autoridad competente dentro de los términos legales con la consecuencia de resaltar la responsabilidad personal que acarrea el funcionario a cualquier nivel que haya inobservado los términos de la sentencia y que su proceder riña con las normas legales que sirvan de sustentáculo de la presente demanda”. (fls. 12 a 13 C. 1).

El proceso concluyó el 30 de junio de 1987 con sentencia que decidió:

“ARTICULO PRIMERO: Se declarará la NULIDAD PARCIAL del DECRETO No. 155 de diciembre 16 de 1985, en el literal H. numeral 2o. y artículos 2 y 3 de la parte resolutive.

“ARTICULO SEGUNDO: Como consecuencia de la NULIDAD PARCIAL, el Municipio de Ocaña restablecerá en el derecho al accionante en la adjudicación del lote de terreno No. 1 Lindero: Norte en 14.75 (ML) con la Carrera 26, Sur en 14.40 (ML) con lote del Municipio, Oriente en 8.35 (ML) con el Río Tejo. Occidente en 6.65 (ML) con la calle 5a. y la construcción adelantada de columnas y bases para la edificación de su habitación.

“TERCERO: Se dará cumplimiento a esta sentencia acorde al artículo 176 del Código Contencioso Administrativo”. (fls. 18 a 19 C.1).

Este fallo está debidamente ejecutoriado.

Posteriormente, con fundamento en lo decidido por el Tribunal pero esta vez invocando la “acción de reparación directa y cumplimiento” del antiguo artículo 86 del C.C.A., acude nuevamente ante esta Jurisdicción para reclamar indemnización por perjuicios “civiles, morales y materiales” que sufrió “con ocasión del despojo ordenado por el Decreto No. 155 de diciembre 16 de 1985 ...” del lote de terreno atrás descrito.

La impropiedad jurídica de este procedimiento es ostensible; la “acción de nulidad y restablecimiento del derecho” del artículo 15 del Decreto Ley 2304 de 1989 (que, salvo aspectos de redacción, es la misma “acción de restablecimiento del derecho” del artículo 85 del Decreto-Ley 01 de 1984), contiene dos pretensiones acumuladas de manera consecucional: una —la principal—, de nulidad de un acto administrativo; otra consecuencia de la principal, de restablecimiento del derecho conculcado con el acto ilegal.

Esta segunda pretensión comprende, como es lógico, el restablecimiento total del derecho que el actor estima lesionado, incluida la indemnización de los perjuicios que haya infligido al actor el acto ilegal; esa es la razón para que su reclamación vaya ligada, de manera necesaria, a la previa declaración de nulidad de dicho acto.

Esta lógica excluye la separación de las dos pretensiones mediante un procedimiento que consistiría en un proceso la nulidad del acto, y, en uno distinto, la indemnización del daño ocasionado por él; menos aún se puede admitir que, inicialmente, se solicite la nulidad y la reparación de una parte del daño y dejar para más adelante y en proceso independiente la reclamación de otros perjuicios adicionales.

De otro lado, si bien es cierto que el acto administrativo y su ejecución pueden originar pretensiones distintas e independientes, por ejemplo en la ejecución ilegal de un acto válido, no es este el caso que se analiza; en efecto, el daño cuyo reconocimiento persigue el actor se identifica en la demanda como "... la pérdida de elementos materiales, elevación de los costos de materiales de construcción, desmembración del vínculo familiar y la incertidumbre y permanente zozobra ..." a que se sometieron los actores (primera pretensión declarativa); en el hecho décimo tercero del libelo se repite que los perjuicios consistieron en la pérdida de muebles y enseres del hogar, del deterioro "del material rescatable del inmueble y en vía de demolición en favor de un lote adjudicado", los quebrantos de salud de los componentes de la familia "...", perjuicios todos demandables como consecuencia de la anulación del decreto municipal No. 155 del 16 de diciembre de 1985, así la determinación de su cuantía tuviere que esperar un incidente posterior; varias veces ha repetido la Sala que una cosa es la existencia del daño y otra distinta la concreción de su monto.

Para abundar en razones, si con el propósito de interpretar generosamente la demanda, se admitiese que la causa de las pretensiones radica en la ejecución anticipada de un acto administrativo, tal como se deduce del oficio que aparece a folio 28 del expediente, tal acción estaría caducada desde el 19 de noviembre de 1987.

En consecuencia, se debe confirmar la decisión inhibitoria del *a-quo* en cuanto a las pretensiones de EDUARDO HELI PEÑARANDA TORRADO.

2) En relación con los demás actores, esposa e hijos mayores y menores de EDUARDO HELI PEÑARANDA TORRADO, son válidas las razones expuestas; sin embargo respecto de ellos hay que agregar lo dispuesto por el artículo 175 del C.C.A., inciso 2o. cuyo texto impone:

"La sentencia dictada en procesos relativos a contratos y de reparación directa y cumplimiento, producirá cosa juzgada frente a otro proceso que tenga el mismo objeto y la misma causa y siempre que entre ambos procesos haya identidad jurídica de las partes; *la proferida en procesos de restablecimiento del derecho aprovechará a quien hubiere intervenido en el proceso y obtenido esta declaración a su favor*". (Subraya la Sala).

Este precepto, es consecuente con lo expuesto en relación con la doble pretensión que se acumula, de manera consecencial y necesaria en la llamada acción de nulidad y restablecimiento del derecho e impide que se utilice la segunda con independencia de la primera; en este orden de ideas; si bien la declaración de nulidad del acto produce efectos de cosa juzgada *erga omnes*, pues no puede ser nulo para unos y válido para otros, sus consecuencias resarcitorias favorecen únicamente a quienes fueron parte en el proceso respec-

tivo; no es posible frente al mandamiento legal, que terceras personas, ajenas al proceso de restablecimiento, se beneficien de la declaración de nulidad hecha en él para intentar, a posteriori, indemnización por daños generados por dicho acto.

Este es el estado actual de la legislación, sin perjuicio de los desarrollos legislativos que ocurran en el futuro frente a las acciones populares previstas por el artículo 88 de la Constitución Política para los intereses difusos.

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:

Por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia SE CONFIRMA la sentencia recurrida.

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 veinticuatro (24) de octubre de mil novecientos noventa y uno (1991).

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

CONTROVERSIAS CONTRACTUALES/CADUCIDAD/TRANSITO DE LEGISLACION

Demandas presentadas con anterioridad a marzo 1/84, originadas en contratos no admiten discusión sobre existencia o inexistencia de caducidad de tales acciones; demandas originadas en actos o hechos relacionados con contratos administrativos ocurridos antes de la fecha indicada, pero no presentadas hasta entonces, se rigen por el fenómeno de la caducidad de la acción contractual prescrito por el artículo 136 inciso 7 del C.C.A., por cuanto esta disposición de naturaleza eminentemente procedimental tiene efecto inmediato y entra a regular aspectos que no se hubieren consolidado o consumado antes de esa fecha.

ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA/ACCION IN REM VERSO/ACCION DE REPARACION DIRECTA/CADUCIDAD/TRANSITO DE LEGISLACION

El fenómeno del enriquecimiento sin causa, como fuente de obligaciones y derechos, tiene la categoría de hecho y como tal deberá hacerse valer a través de la acción de reparación directa. Al entrar en vigencia el nuevo término de caducidad de los años en el Decreto 01/84 para demandar por responsabilidad derivada de hechos de la administración, los fenómenos ocurridos con anterioridad a la vigencia del mencionado decreto, entraron a ser regulados de inmediato por esta nueva regla.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Santafé de Bogotá, D.C., veinticinco (25) de octubre de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Doctor Daniel Suárez Hernández.*

Referencia: Expediente No. 6103. Actor: Sociedad Colombiana de Construcciones "Sococo S.A.".

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte actora, contra la sentencia de 13 de octubre de 1989, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia –Sección Primera, mediante la cual se dispuso:

"SE DECLARA PROBADA LA EXCEPCION DE CADUCIDAD DE LA ACCION, propuesta por el apoderado del FONDO VIAL NACIONAL". (fl. 264, C. 1).

I. ANTECEDENTES:

1) La SOCIEDAD COLOMBIANA DE CONSTRUCCIONES SOCOCO S.A., por medio de apoderado judicial en acción contractual, el 5 de agosto de 1986, instauró demanda contra el FONDO VIAL NACIONAL (fls. 52 a 79).

El Tribunal resumió así las peticiones de la demanda:

"... la SOCIEDAD COLOMBIANA DE CONSTRUCCIONES, SOCOCO S.A., demanda al FONDO VIAL NACIONAL, a fin de que el Tribunal declare que incumplió el contrato No. 403 de 1973, y sus adicionales números 422 de 1974, 71 de 1977 y 86 de 1978, porque:

"a) No le canceló el saldo por obras ejecutadas, que consta en el acta contractual No. 53, de diciembre de 1978.

"b) No canceló el reajuste del precio de las obras, a que se refiere la misma acta, y que constan en el acta de ajuste correspondiente y

"c) No procedió a la liquidación de los contratos.

"Que, como consecuencia, se condene al FONDO VIAL NACIONAL a pagarle el valor de los perjuicios materiales ocasionados por el incumplimiento de los contratos, constituidos, entre otros, por el valor del acta contractual y el acta de ajuste a que se refieren las peticiones relacionadas bajo los literales a) y b), el monto de la actualización de tales sumas y el valor del lucro cesante de la cantidad actualizada, para el período comprendido entre la fecha de causación del daño y la del pago.

"Petición Subsidiaria:

SECCION TERCERA

“Que se declare que el FONDO VIAL NACIONAL se enriqueció, sin causa legal alguna, a expensas del patrimonio de la demandante, al ingresar a su patrimonio obras materiales que constan en el acta de obra No. 53 de diciembre de 1978, sin que haya cancelado su valor, ni los reajustes correspondientes. Que, como consecuencia, se le condene a reembolsarle el valor actualizado de las obras ejecutadas y de los materiales suministrados, junto con sus correspondientes frutos, sin rebajar de \$50.000.000.00”. (fls. 256 y 257).

2) Los hechos fundamento de las anteriores peticiones los sintetizó así el *a-quo*:

“SOCOCO LTDA., hoy SOCOCO S.A., en razón del contrato 403 de 1973, celebrado con el FONDO VIAL NACIONAL, se obligó a ejecutar, a precios unitarios fijos, las obras necesarias para la construcción y pavimentación del sector Río Sumaná – Río Claro, de la carretera Medellín – Bogotá, contrato que tenía las estipulaciones propias referentes a plazo, el valor, cantidades de obra y precios unitarios, contratos adicionales, forma de pago y ajustes del valor de las actas, obras complementarias y liquidación.

“El contrato fue modificado por tres contratos adicionales: el 422 de 1974, el 71 de 1977 y el 86 de 1978.

“Los estimativos sobre cantidades de obra requerida, efectuados por el FONDO VIAL NACIONAL, resultaron deficientes, pero SOCOCO ejecutó el objeto del contrato en forma total; al finalizarlo SOCOCO y la interventoría elaboraron y aprobaron el acta contractual No. 53, entregada a la División de Interventoría del MINISTERIO DE OBRAS PUBLICAS Y TRANSPORTE, a fin de que se aprobara y ordenara el pago respectivo, en agosto de 1979. Igualmente, con el mismo fin, elaboraron y aprobaron el acta de ajuste correspondiente al saldo consignado en el acta No. 53; el trámite de las actas fue suspendido, en forma que nunca se realizó; el saldo ascendía a \$2.933.493.73, que ajustado a los índices de julio de 1978 ascendió a \$9.539.733.34, a favor de SOCOCO.

“El FONDO consideró que la legislación prohibía el pago de sumas que sobrepasaran el valor estimado de los contratos a precios unitarios; como se presentaban varias situaciones similares, el Ministro de Obras Públicas y Transporte presentó al Congreso un proyecto de ley ‘Por el cual se autorizan unos reconocimientos’, que se concretó en la ley 18 de 1982, sancionada por el Presidente de la República el 20 de enero de ese año; allí se autorizó reconocer a SOCOCO la suma de \$9.445.184.00; se creó una comisión encargada de comprobar la veracidad en la ejecución de las obras y la cuantía de las obligaciones por reconocer.

“Con base en el acta de la comisión, el Ministro de Obras Públicas y Transporte expidió la resolución No. 6629 de julio 21 de 1982, por medio de la cual dispuso pagar a SOCOCO LTDA. \$9.455.184.00, por concepto de obras ejecutadas por encima del valor estimado del contrato principal y los adicionales. Posteriormente, el 21 de octubre de 1982, la Corte Suprema de Justicia declaró inexecutable la ley 18 de 1982, por considerarla violatoria de lo dispuesto en el ordinal 5o. del artículo 78, de la C.N. según el cual es prohibido al Congreso ‘Decretar a favor de ninguna persona o entidad gratificaciones, indemnizaciones, pensiones, ni otra erogación que no esté destinada a satisfacer créditos o derechos reconocidos con arreglo a la ley preexistente, salvo lo dispuesto en el artículo 76, inciso 18’”. (fls. 258 y 259, C. 1).

3) Por auto de 18 de septiembre de 1986 (fl. 99) el Tribunal Administrativo de Antioquia admitió la demanda y dispuso la notificación de aquel y el traslado de esta al señor agente del Ministerio Público y al señor Ministro de Obras Públicas y Transporte.

El señor apoderado del Fondo Vial Nacional en contestación de la demanda (folios 110 a 113), propuso “excepción de caducidad de la acción y una indebida acumulación de pretensiones”. En el mismo escrito hizo solitud de pruebas.

4) Con fecha 19 de noviembre de 1986, se abrió el proceso a pruebas, evacuadas éstas en su mayoría, en el momento procesal oportuno el apoderado de la parte demandada presentó alegato de conclusión (fls. 189 a 191), lo mismo que el señor apoderado de la parte actora (fls. 226 a 250).

5) El señor Fiscal del Tribunal emitió su concepto de fondo visible a folios 252 a 254, en el sentido de compartir lo referente a la caducidad de la acción.

II. EL FALLO RECURRIDO

Al momento de dictar sentencia el *a-quo* declaró “PROBADA LA EXCEPCION DE CADUCIDAD DE LA ACCION”, para lo cual consideró:

“Si bien es cierto, la legislación anterior no reglamentaba lo referente a la *caducidad* de la acción contractual, por lo que era necesario acudir al régimen de la *prescripción* extintiva de la acción conforme al C. Civil (artículo 2536), el Decreto 01 de 1984, artículo 136, inciso 7o., dispuso:

“*Las relativas a contratos caducarán a los dos (2) años de expedidos los actos u ocurridos los hechos que den lugar a ella*’ (las subrayas no son del texto).

SECCION TERCERA

“No es aplicable el artículo 41 de la Ley 153 de 1887, porque no se trata aquí de cambiar un término de prescripción (o de caducidad) por otro. *Se trató, realmente, de establecer término de caducidad para un asunto que no lo tenía previsto:*

“Como el D. 01 de 1984 entró a regir el *1o. de marzo de 1984*, el término de caducidad se extendió hasta el *1o. de marzo de 1986*.

“Como se indicó, la demanda sólo fue presentada el día *5 de agosto de 1986*, ante la sección tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado y recibida en la misma fecha en el Tribunal, *cuando había operado el fenómeno de la caducidad.*

“.....

“En su alegato de conclusión el señor Fiscal Primero manifestó:

“‘Ciertamente, si se toman estas fechas en la forma expresa, habría que concluir que cualquiera de las acciones mencionadas estaría caducada, una fecha más reciente como la que es la del acta de Comisión de julio 19 de 1982, creada por la Ley 18 del mismo año, para efectos de ejercer la acción contractual, también habría transcurrido el plazo de caducidad, al presentar la demanda. Por lo demás, esta ley fue declarada inexecutable por la H. Corte Suprema de Justicia.

“Con relación al argumento de que las acciones contractuales antes del Decreto 01 de 1984, y en especial a que su término de ‘caducidad’ se podría determinar con arreglo a lo dispuesto en el Código Civil, *por analogía*, y que así lo sostenían en esa época algunos tratadistas, vale la pena decir que si bien en el caso a estudio, al momento de presentar la demanda (agosto 5 de 1986), no habrían transcurrido 20 años, también es cierto que a partir del 1o. de marzo de 1984, por disposición del C.C.A., se fijó este término en dos (2) años (artículo 136).

“‘Como las normas de procedimiento son de inmediata aplicación, se podría considerar que: 1) Al momento de entrar a regir el D. 01 de 1984, marzo 1o. del mismo año, no habría caducado la acción de la demandante. 2) Que por entrar a regir el nuevo término (art. 136), los dos años eran de inmediata aplicación y debió presentar su demanda entre el primero de marzo de 1984 y la misma fecha de 1986. Sin embargo, lo hizo el 5 de agosto de 1986’ (f. 253 y 254).

“Significa lo expuesto que prospera la excepción de *caducidad de la acción contractual*, precisamente la intentada; no es del caso entrar a analizar lo referente a la caducidad de la acción de reparación directa, ni es necesario estudiar la excepción de indebida acumulación de pretensiones”. (fls. 261 a 263).

III. EL RECURSO DE APELACION

La parte actora descontenta con la decisión del *a-quo*, interpuso recurso de apelación y fundamentó su inconformidad en los siguientes términos:

“1. La situación jurídica sobre la cual se estructuró la demanda se encontraba regulada por la legislación precedente al Decreto Ley 01 de 1984, que sólo permitía concretar la prescripción de la acción dentro de los términos que ella establecía. Ello quiere decir que el fenómeno de la caducidad le era completamente ajeno y así se trate de una norma de Derecho público de aplicación inmediata, ella no puede tener incidencia sobre situaciones concretas causadas con anterioridad a su vigencia, es decir, en forma retroactiva.

“Esto quiere decir que la caducidad concretada en la sentencia recurrida no resultaba pertinente para el caso similar –CONIC LTDA. Vs. Fondo Vial Nacional (Ministerio de Obras Públicas)—, cuyo texto fue anexado al expediente.

“2. Al sintetizar los pedimentos de la demanda su despacho analizó que en forma subsidiaria se ejercitaba la acción *in-remverso*, esto es, el enriquecimiento sin causa legal por parte de la entidad Fondo Vial Nacional, a expensas de mi mandante. Esta acción subsidiaria no podía desconocerse tan palmariamente como lo hizo la corporación, máxime que sobre ella no era posible plantear la caducidad que sirvió de sustentáculo al fallo.

“Admitido, en gracia de discusión, la viabilidad del fenómeno extintivo anotado, tendrías que concluirse que él no es operante para la petición subsidiaria, pues, como es de rigor jurídico, frente a ella sólo cabía hablar de la prescripción extintiva, de existir el factor tiempo, que, obviamente, no se presenta en el presente evento.

“Estas breves apreciaciones son suficientes para reiterar el recurso inicialmente anotado, sin perjuicio de que, en su oportunidad, ante el superior, lo sustente en forma más extensa, dada la inequidad que comporta el fallo, según se desprende del abundante acervo probatorio”. (fls. 265 y 266, C. 1).

En su oportunidad legal de segunda instancia las partes alegaron de conclusión, el señor apoderado de la parte demandada en escrito visible al folio 271 a 275, solicita se confirme la sentencia apelada, mientras que el apoderado de la parte actora a fls. 276 a 279, vuelve a reiterar su inconformidad con lo decidido por el *a-quo* y solicita se revoque por el superior.

La señora Fiscal Séptima de esta Corporación en su concepto de fondo solicita CONFIRMAR la sentencia apelada.

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA:

A) Referente a las pretensiones principales:

a) Desde la célebre sentencia de 1 de octubre de 1946, proferida por la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, con ponencia del doctor Ramón Miranda (Gaceta Judicial, Tomo LXI, págs. 583 a 608), la jurisprudencia nacional viene haciendo claridad entre los fenómenos de la prescripción extintiva o liberatoria y de la caducidad. En efecto, desde entonces quedó claro que la primera de las instituciones mencionadas tiene naturaleza sustantiva o material, en tanto que la segunda es de tinte procesal, adjetivo o meramente instrumental. La prescripción, como forma de perder los derechos y extinguir obligaciones, actúa en los procesos judiciales con miras a enervar o dar al traste con la pretensión que es el fiel reflejo del derecho sustantivo alegado por el demandante. A su vez, la caducidad, por ser de reigambre estrictamente procesal, está concebida para impedir el ejercicio de la acción, o, en veces, para vedar la utilización de un trámite judicial breve o sumario y obligar al accionante a emprender otra vía de suyo mayúscula y engorrosa.

b) A riesgo de resultar reiterativa, la Sala quiere resaltar las diferencias más sobresalientes, que históricamente se han deducido entre la prescripción extintiva o liberatoria y la caducidad de las acciones judiciales, a saber:

1) La prescripción debe ser propuesta o alegada por la parte que desea liberarse de la prestación que se le enrostra; esto es, que no puede ser declarada de oficio por el juez (art. 2535 del C.C. y 306 del C.P.C.).

2) La caducidad debe ser declarada de oficio por el juez, bien rechazando desde el comienzo de la actuación procesal la demanda, o, al menos, al momento de pergeñar la sentencia; es decir, se trata de un asunto que opera por mandato de la Ley y que no requiere alegación de parte (arts. 85 y 304 del C. de P.C.).

3) La prescripción puede renunciarse por el interesado, de manera tácita o expresa, claro está, una vez se hubiere consolidado o tipificado, por ser institución de derecho privado y de interés particular. (Arts. 15, 16, 2514 y 2515 del C.C.).

4) La caducidad está regida por normas de derecho imperativo, forma parte del derecho público de la nación por estar de por medio del orden público y, por ello, no admite ningún tipo de disponibilidad, lo que la hace irrenunciable.

5) La prescripción admite suspensión y puede ser interrumpida natural o civilmente; la caducidad no permite estas modalidades, ni hace posible la

ampliación de los plazos señalados imperativamente por la ley para el ejercicio de las acciones. De allí que los procesalistas digan que los términos precisados para el ejercicio de las acciones son fatales.

6) La prescripción se va gestando desde el día en que se hizo exigible la prestación debida y al cabo del último día del plazo señalado en la Ley se consolida o estructura; la caducidad se presenta cuando llegado el extremo máximo del plazo legal para el ejercicio de la acción, ésta no se ha llevado a cabo por su titular, es decir, no se va estructurando, día a día, sino que se encuentra por la omisión en el ejercicio de la acción.

7) La caducidad opera contra todas las personas, por su consagración objetiva para realizar el derecho subjetivo de acción, sin miramiento alguno sobre la calidad de los sujetos titulares de la misma; la prescripción, en algunas circunstancias, no corre con respecto a ciertas personas, habida consideración de su calidad o de su incapacidad.

La Sala advierte sin embargo, que en el proceso contencioso administrativo, con el advenimiento del Decreto 01 de 1984, en tratándose de la regulación de Excepciones de Fondo, el art. 164 prescribe: “*Excepciones de fondo*. En todos los procesos podrán proponerse las excepciones de fondo en la contestación de la demanda, cuando sea procedente, o dentro del término de fijación en lista, en los demás casos.

“En la sentencia definitiva se decidirá sobre las excepciones propuestas y sobre cualquiera otra que el fallador encuentre probada.

“Son excepciones de fondo las que se oponen a la prosperidad de la pretensión.

“El silencio del inferior no impedirá que el superior estudie y decida todas las excepciones de fondo, propuestas o no, sin perjuicio de la *reformatio in pejus*”, lo que permite concluir, en este campo, que fenómenos excepcionales de mérito como la prescripción y la compensación bien puedan declararse de oficio por el juez administrativo si de la actuación resultan probados.

c) El tema de las acciones contractuales en el proceso contencioso administrativo, presenta históricamente dos épocas bien distintas, en punto tocante con la figura de la caducidad de las mismas. En efecto, antes del Decreto 01 de 1984 el legislador colombiano no había previsto dicha institución para el campo contractual administrativo y, por lo mismo, mal puede hacerse elucubraciones, para entonces, alrededor de dicho tema; se repite, por falta de previsión legal sobre tal aspecto. Por el contrario, a partir de la vigencia del Decreto 01 de 1984 (1 de marzo de 1984), por clara determinación del inciso 7o. del art. 136, se estableció el fenómeno de la caducidad para las acciones derivadas del contrato administrativo en dos años, contados

SECCION TERCERA

desde la expedición de los actos o desde la ocurrencia de los hechos que originen la reclamación del contratista.

Lo anterior está significando que demandas *presentadas* con anterioridad al 1 de marzo de 1984, originadas en contratos no admiten discusión sobre existencia o inexistencia de caducidad de tales acciones; demandadas originadas en actos o hechos relacionados con contratos administrativos ocurridos antes del 1 de marzo de 1984, pero *no presentadas hasta entonces*, se rigen por el fenómeno de la caducidad de la acción contractual, prescrito por el art. 136 inc. 7o. del C.C.A., por cuanto esta disposición de naturaleza eminentemente procedimental tiene efecto inmediato y entra a regular aspectos que no se hubieren consolidado o consumado antes de esa fecha; y, más obvio, aún, resulta concluir que los actos y hechos relacionados con contratos administrativos, cuya ocurrencia tuvieron lugar del 1 de marzo de 1984 en adelante, sus acciones se verán indefectiblemente gobernadas por el referido fenómeno de la caducidad.

d) La Sala no comparte la tesis del recurrente cuando insiste en que su pretensión principal sea juzgada a la luz de la prescripción extintiva, y no de la caducidad de las acciones contractuales administrativas, dado que como atrás se dijo la norma legal contenida en el art. 136, inc. 7o. del C.C.A., es de efecto inmediato y gobierna las demandas *presentadas a partir del 1 de marzo de 1984*, sin que sea dable distinguir en qué época sucedieron los actos y hechos originados en el contrato administrativo, fundamento de las mismas.

e) Es un hecho evidente que la demanda se presentó sólo el 5 de agosto de 1986 y que tiene fundamento en hechos derivados de un contrato administrativo que terminó en 1979. Con respecto a éste punto se puede leer parte del capítulo X de la demanda (fl. 77), cuando dice: "los hechos constitutivos del incumplimiento del contrato que dan origen a la presente demanda tuvieron lugar entre los años de 1978 y 1979, época para la cual no se gobernaban por la institución de caducidad, sino por la prescripción de veinte (20) años prevista en el art. 2536 del C.C."

La Sala acepta que lo ocurrido y *demandado con anterioridad al 1 de marzo de 1984*, en materia contractual administrativa, no puede ser tratado bajo la óptica de la caducidad. Pero, insiste en que lo ocurrido con anterioridad a esa fecha y *demandado con posterioridad*, no es ajeno al tema central de éste debate, o sea, al de la caducidad.

f) Hizo bien el *a-quo* al no aplicar el art. 41 de la Ley 153 de 1887, por cuanto tal preceptiva está referida al tema de la prescripción, fenómeno que como quedó visto atrás difiere esencialmente de las acciones. En otros términos, por tratarse de dos materias bien distintas, no puede tener cabida aquella disposición legal que reiteradamente invoca el recurrente, para

concluir que gozaba de veinte (20) años para deprecar las pretensiones principales de su demanda.

g) Con posterioridad al 1 de marzo de 1984, respecto a las demandas originadas en controversias contractuales, coexisten las dos figuras de la caducidad de las acciones y de la prescripción extintiva o liberatoria de los derechos y obligaciones nacidos del contrato. Pero cada una de éstas figuras presentan su propia fisonomía, su propia regulación y finalidades bien distintas, sin que sea posible entremezclarlas a manera de híbrido jurídico.

Le asiste pues, razón al Tribunal y al Ministerio Público en las dos instancias, al concluir que la acción incoada en el presente asunto, para hacer valer las pretensiones principales, se encontraba caducada desde el 1 de marzo de 1986.

Sin que se necesite argumentación adicional habrá de confirmarse, por este primer aspecto, la sentencia apelada, dado que se encuentra ajustada a derecho, en cuanto declaró caducada la acción contractual para hacer valer las pretensiones principales deprecadas con la demanda.

B) Referente a la pretensión subsidiaria:

La parte actora impetró, a manera de petición subsidiaria lo siguiente:

“Que se declare que el FONDO VIAL NACIONAL se enriqueció, sin causa legal alguna, a expensas del patrimonio de la demandante, al ingresar a su patrimonio obras materiales que constan en el acta de obra No. 53 de diciembre de 1978, sin que haya cancelado su valor, ni los reajustes correspondientes. Que, como consecuencia, se le condene a reembolsarle el valor actualizado de las obras ejecutadas y de los materiales suministrados, junto con sus correspondientes frutos, sin rebajar de \$50.000.000.00”. (fls. 256 y 257).

La Sala, en varias oportunidades se ha ocupado de ésta clase de pretensiones, dado que entiende que ellas persiguen el restablecimiento patrimonial del administrado frente a la administración “por causa de unos servicios prestados a la misma, sin respaldo contractual perfeccionado, y que no le fueron reconocidos ni satisfechos, ...” (Expediente No. 6303; actor: Sociedad Olivetti Colombiana S.A.; sentencia de 6 de septiembre de 1991, Consejero Ponente: Dr. Daniel Suárez Hernández).

La pretensión por enriquecimiento sin causa, tiene su fundamento básico, en casos como el que ahora ocupa a la Sala, en la prestación de un servicio; el suministro de bienes, o, la confección de alguna obra en beneficio del ente público, sin que el prestador de tales servicios, suministrador de bienes o constructor de la obra hubiere obtenido la contraprestación equitativa

que gobierna el intercambio de bienes y servicios, a más de no poder hacer valer la acción consagrada por el art. 87 del C.C.A., titulada “de las controversias contractuales”, por la elemental razón de no existir negocio jurídico como fuente de obligaciones que gobierne la situación planteada. Así las cosas, el administrado ve disminuido su patrimonio, en tanto que la administración verá aumentado el suyo, y ésta se favorecerá por contera al no pagar las sumas correspondientes, sin que exista para ello fundamento ni causa legales. Allí, precisamente se justifica que intervenga la jurisdicción para que, a petición de quien se sienta lesionado en sus intereses, ordene la restitución o restablecimiento del indebido acrecimiento del patrimonio estatal a la parte empobrecida. Doctrinariamente se ha denominado a esta acción como *actio in rem verso* y jurisprudencialmente ese enriquecimiento sin causa se ha acogido como fuente de obligaciones.

Huelga precisar, a través de cuál de las diversas acciones procesales establecidas por el Código Contencioso Administrativo, debe manejarse la precitada pretensión por enriquecimiento sin causa. Ya quedó consignado que no puede ser con base en las “controversias contractuales” del art. 87 *ibídem*; tampoco podrá serlo con fundamento en la “acción de nulidad y restablecimiento del derecho” (art. 85 C.C.A.), ni mucho menos, con apoyo en la simple “acción de nulidad” (art. 84 C.C.A.), dado que éstas últimas requieren de la existencia de acto administrativo cuya ilegalidad constituye la pretensión básica del demandante. Entonces, por exclusión, la llamada pretensión *in rem verso* por enriquecimiento ilícito, deberá hacerse valer a través de la “acción de reparación directa” prevista por el art. 16 del Decreto 2304 de 1989, modificatoria del art. 86 del C.C.A.

La anterior conclusión se encuentra implícita en varios fallos de esta sección, entre los cuales baste con mencionar los contenidos en sentencia de 11 de diciembre de 1984, Expediente No. 4070, Actor: Madriñán Micolta y Cía Ltda., Consejero Ponente: Dr. Carlos Betancur Jaramillo, y sentencia de 11 de octubre de 1991, Expediente No. 5686, Actor: Hennio Publicidad Ltda.; Consejero Ponente: Dr. Julio César Uribe Acosta, a más de la ya citada de 6 de septiembre del corriente año; Expediente No. 6306; Actor: Sociedad Olivetti Colombiana S.A., con ponencia de quien proyecta esta decisión. En todos estos casos, la Sala ha entendido que se encuentra frente a una SITUACION DE HECHO, que fluye directamente de la conducta o hechos llevados a cabo por las partes, que es lo que precisamente constituyen el apoyo para pedir el restablecimiento del derecho demandado.

En el caso fallado del expediente No. 5686, se concluyó así:

“Lo expuesto muestra, asimismo, que la nota de subsidiaridad que se le imputa a la *actio in rem verso* se da en el presente caso. En tal sentido y a falta de una acción específica no cabía otra que la escogida por la demandante. Además, dado el carácter de comerciante que ostenta la

actora, el artículo 831 del C. de Co. viene a reforzar aún más la acción intentada, al disponer que 'nadie podrá enriquecerse sin justa causa a expensas de otro'. Debe, entonces, como se expuso atrás, enfocarse la conducta de la administración como un hecho; perjudicial para la sociedad que prestó un servicio de suyo oneroso sin percibir contraprestación alguna y favorable para la entidad pública que se lucró de dicho servicio".

Claro como está que el fenómeno del enriquecimiento sin causa, como fuente de obligaciones y derechos, tiene la categoría de HECHO y que como tal deberá hacerse valer a través de la ACCION DE REPARACION DIRECTA, se impone precisar igualmente que en tales eventos resulta aplicable la regla cuarta del art. 23 del Decreto 2304 de 1989, que subrogó el art. 136 del C.C.A., cuando prescribe, entorno del fenómeno de caducidad de las acciones, a saber:

"La de reparación directa 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".

En el *sub-lite*, se pretende el reconocimiento y condena consecuencial al pago por obras efectuadas antes de diciembre de 1978, referidas dichas obras en el acta No. 53 de diciembre de ese mismo año. De igual manera se da cuenta que como consecuencia de lo prescrito por la Ley 18 de 1982, a la postre declarada inconstitucional, se autorizó reconocer a la sociedad actora la suma de \$9.445.184,00 por concepto de las obras indicadas en la referida acta No. 53 de diciembre de 1978. Este reconocimiento no se hizo efectivo por la declaratoria de inexecutable de la Ley que lo impidió. Quiere ésto decir que a partir del fallo de la Corte Suprema de Justicia declarando la inconstitucionalidad de la Ley 18 de 1982, lo que tuvo lugar el 21 de octubre de ese año, quedó expedita la vía para que la sociedad contratista pretendiera hacer valer su derecho ante la jurisdicción; para entonces, la responsabilidad derivada de HECHOS de la administración debía demandarse dentro de los tres (3) años siguientes a la ocurrencia de los mismos. (Decreto 528 de 1964 art. 28), esto es, que de no haberse producido cambio en el término de caducidad para el ejercicio de éstas acciones por el Decreto 01 de 1984 (art. 136 inc. 4o.), el plazo para demandar hubiera precluido el 21 de octubre de 1985. Pero, al entrar en vigencia un nuevo término de caducidad de dos (2) años, para tales menesteres, a partir del 1o. de marzo de 1984, los fenómenos ocurridos con anterioridad a esa fecha, entraron a ser regulados de INMEDIATO por esta nueva regla y de consiguiente, con fecha 1 de marzo de 1986 se caducaba la acción para los mismos, si con anterioridad a ésta no se hubiere presentado la demanda.

Tal como quedó ampliamente estudiado en las consideraciones hechas al ocuparse la Sala de las pretensiones principales de la demanda, ésta fue

SECCION TERCERA

presentada solamente el 5 de agosto de 1986, oportunidad en que ya había operado el fenómeno de la CADUCIDAD de dicha acción, lo que impide el estudio a fondo de la pretensión por enriquecimiento sin causa.

Sin más consideraciones, también habrá de declararse CADUCADA LA ACCION mediante la cual acumulativamente, aunque de manera subsidiaria, impetró la sociedad demandante por eventual enriquecimiento sin causa.

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.— CONFIRMASE la sentencia apelada, esto es la proferida el 13 de octubre de 1989, por el Tribunal Administrativo de Antioquia —Sección Primera—.

SEGUNDO.— Adiciónase la sentencia de 13 de octubre de 1989 proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia — Sección Primera, para declarar probada la caducidad de la acción con la cual la sociedad demandante pretendió, subsidiariamente, condena y pago por enriquecimiento sin causa.

Cópiese, Notifíquese y Devuélvase al Tribunal de origen.

Esta providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de fecha, 24 de octubre de 1991.

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

Ruth Stella Palacio, Secretaria.

FALLA DEL SERVICIO DEL DAS/FALLA PERSONAL—Inexistencia/NE- XO DE CAUSALIDAD

La actuación irregular del detective se cumplió en horas del servicio, si se toma en cuenta la permanente disponibilidad que tienen los integrantes de los organismos armados oficiales; el sitio donde se ejecutó el hecho es lugar del servicio; el agente estaba en servicio activo, no se hallaba de franquicia o de permiso y el arma utilizada era de dotación oficial. Estos nexos con el servicio permiten considerar, antes que una falla personal, una falta en el servicio generadora de responsabilidad administrativa. La falla personal debe resultar de una conducta totalmente desvinculada del servicio.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Santafé de Bogotá, D.C., veinticinco (25) de octubre de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Doctor Daniel Suárez Hernández.*

Referencia: Expediente No. 6376. Actor: Mercedes Malaver de Gutiérrez y Otros.

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 1o. de agosto de 1990 proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá, mediante la cual dispuso: “DENEGAR LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA...”.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda.

Los señores Esteban Gutiérrez, Mercedes Malaver de Gutiérrez, Edilia Herminda, Hicler Orlando y Martha Lucy Gutiérrez Malaver, en ejercicio de la acción de reparación directa y cumplimiento que consagraba el artículo 86 del C.C.A., con fecha 22 de abril de 1988, en demanda presentada ante el Tribunal Administrativo de Boyacá, solicitaron que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

“PRIMERA.— Que se declare que la NACION (DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD, DAS), es administrativamente responsable de la muerte violenta del ciudadano ELIECER GUTIERREZ MALAVER, ocurrida el día cuatro de noviembre de 1987 en el perímetro urbano del municipio de Aguazul, Intendencia de Casanare, causada por el detective del Departamento Administrativo de Seguridad, MANUEL ANTONIO MARIÑO MARIÑO.

“SEGUNDA.— Que como consecuencia de la declaración anterior, se condene a la NACION (DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD DAS), a pagar a los demandantes la totalidad de los perjuicios materiales y morales, causados y que se causen en el futuro en razón de la muerte violenta de Eliécer Gutiérrez Malaver.

“TERCERA.— Que se condene a la NACION (DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD, DAS), a pagar dentro del plazo señalado en el artículo 176 del C.C.A., ajustada dicha condena tomando como base el índice de precios al consumidor o al por mayor, existente el cuatro de noviembre de 1987 y el que exista cuando se produzca el fallo, a favor de Esteban Gutiérrez Mesa y Mercedes Malaver de Gutiérrez, los perjuicios materiales, debidos o consolidados y futuros, según las tablas de supervivencia probables del fallecido y los padres de la víctima, tomando como base un salario de mil pesos diarios, más el veinticinco por ciento de prestaciones sociales, que devengaba Eliécer Gutiérrez Malaver, repartido el cincuenta por ciento para el padre y el otro cincuenta para la madre, o subsidiariamente que se tome como base el salario mínimo vigente el cuatro de noviembre de 1987.

“CUARTA.— Que se condene a la NACION (DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD, DAS), a pagar a cada uno de los demandantes a título de perjuicios morales, el equivalente en pesos colombianos, de las siguientes cantidades de oro puro o fino de acuerdo con su precio internacional, según certificación que de el Banco de la República a la fecha de la ejecutoria de la sentencia:

“A) Para Esteban Gutiérrez Mesa y Mercedes Malaver de Gutiérrez un mil gramos para cada uno de ellos en su condición de padres legítimos del fallecido Eliécer Gutiérrez Malaver.

“B) Para Edilia Herminda, Hicler Orlando y Martha Lucy Gutiérrez Malaver, quinientos gramos para cada uno de ellos en su condición de hermanos legítimos de la víctima.

“QUINTA.— Que se condene a la NACION (DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD, DAS), a pagar a favor del señor Esteban Gutiérrez Mesa la suma de ciento cincuenta y dos mil cincuenta pesos (152.050.00) a título de perjuicios materiales consistentes en gastos de entierro y bóveda del fallecido Eliécer Gutiérrez, ajustada dicha suma según la variación porcentual del índice de precios al consumidor existente entre el cuatro de noviembre de 1987 y el que exista cuando se produzca el fallo.

“SEXTA.— La NACION (DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD, DAS), dará cumplimiento a la sentencia que se profiera dentro del término previsto en el artículo 176 del C.C.A. y pagará intereses según lo prescrito en el artículo 175 ibídem.”. (Fols. 11 a 13).

2. Fundamentos de Hecho.

Aparecen relacionados en la demanda (Fols. 14-16) y se pueden resumir así:

a) Esteban Gutiérrez y Mercedes Malaver procrearon en su matrimonio a Eliécer, Edilia Herminda, Hicler Orlando y Martha Lucy Gutiérrez Malaver quienes conformaban un hogar unido, convivían bajo el mismo techo y en cuyo sostenimiento, Eliécer Gutiérrez Malaver, por ser el mayor de los hijos “contribuía con el producto de su trabajo a la congrua subsistencia de sus padres y hermanos”.

b) Sobre el trágico incidente que dio origen a este proceso, se dice en la demanda:

“7.— El día cuatro de noviembre de 1987 a las siete y treinta de la noche, se encontraba Eliécer Gutiérrez Malaver en el perímetro urbano de Aguazul, en compañía de Grismaldo Gaitán Alfonso y Jairo Humberto Acevedo Rodríguez, en la calle, en la vía pública, conversando y Eliécer estaba sentado sobre una moto cuando en ese momento llegó el detective adscrito al Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, Manuel Antonio Mariño Mariño quien llevaba un revólver en la mano, se acercó a Eliécer Gutiérrez Malaver y le preguntó: ¿Es usted

Eliécer Gutiérrez? El finado le contestó: sí yo soy. El detective entonces le disparó tres veces a quemarropa lo cual hizo que Gutiérrez cayera al suelo y allí le hizo dos disparos más sobre la cara. El detective, luego del asesinato se fue tranquilamente, presumiblemente para su casa". (Fol. 15).

c) Con la muerte de Eliécer Gutiérrez Malaver sus padres y hermanos fueron perjudicados moral y materialmente porque "los privó de la ayuda económica" y porque "es apenas natural que la muerte de un hijo y hermano con el que se vive bajo un mismo techo y con el que se guardan relaciones de cariño, afecto y apoyo mutuo traiga como consecuencia inmediata la producción de un perjuicio moral".

3. El trámite.

Cumplida la notificación del auto admisorio de la demanda, el Departamento Administrativo de Seguridad —DAS—, por conducto de apoderado se opuso "a que se hagan las declaraciones y condenas solicitadas por los actores por medio de apoderado por carecer de los fundamentos jurídicos necesarios para la prosperidad de la acción". (Fol. 39), limitándose su actuación al breve y lacónico escrito de folios 39 y 40 del proceso.

Practicadas las pruebas solicitadas por la parte actora, ésta alegó de conclusión a folios 44 a 63 y reiteró las peticiones de la demanda. Por su parte, el Fiscal del Tribunal conceptuó desfavorablemente a las peticiones de los demandantes. (fols. 64 a 72).

4. La sentencia recurrida.

Con fecha 1o. de agosto de 1990 el Tribunal del conocimiento profirió el fallo visible a folios 73 a 90, contrario a las pretensiones de la demanda.

Para arribar a esa decisión, el *a-quo* se basó en las consideraciones que, en términos generales fueron:

"En síntesis, como las pruebas recogidas en el proceso penal no han sido tachadas y las partes que actuaron en éste, actúan ahora en el campo administrativo, ha de colegirse, como ya se dijo, que las citadas pruebas tienen pleno valor". (Fol. 83). A esta conclusión llega con respaldo en fallo de esta Corporación de fecha 22 de mayo de 1987 y conceptos de los profesores Deivis (sic) Echandía y Betancur Jaramillo.

Con relación al arma utilizada en el caso bajo estudio, el *a-quo* alude a providencia del Consejo de Estado del 20 de octubre de 1989, en la cual, a su vez, se cita otra de 1984, en las cuales se trataba de un caso en que presumiblemente el agente cumplía "funciones propias de los agentes de seguri-

dad”, en tanto que, “en este caso, Manuel Antonio Mariño no cumplía ninguna función propia de su cargo. Actuó totalmente separado de sus funciones”.

En cuanto a la falla del servicio, el criterio del *a-quo* se consigna en los siguientes párrafos de la providencia impugnada:

“A contrario Censum (sic), si la administración nada ha tenido que ver en la producción del hecho, sino que éste ha sido obra única y exclusivamente del agente, no habrá falla del servicio, sino falla personal. Sería exagerado pregonar que por el solo hecho de que el agente pertenezca a la administración, ésta respondiera de todos los actos de aquél. Se impone en una u otra forma una relación o conexión entre la actuación del agente y las funciones a él encomendadas por el servicio” (Fol. 86).

“Las enseñanzas anteriores se dan de manera nítida en el caso que nos ocupa. Manuel Antonio Mariño no estaba prestando ningún servicio, no desempeñaba ninguna actividad relacionada con sus funciones. La muerte de Eliécer Gutiérrez aparece totalmente desconectada del servicio que le correspondía desempeñar el agente Mariño. De allí que no se presentara entre estos dos sujetos la menor discusión. Pero hay más: Mariño ni siquiera conocía a Gutiérrez, por eso preguntó, según fehacientes testimonios, ¿quién es Eliécer?, e inmediatamente le disparó. (Fol. 88).

“La conducta pasional, el móvil del hecho, está suficientemente claro en este evento. El señor apoderado de los demandantes cita al profesor Rivero en el comienzo de su párrafo “la acumulación de responsabilidades”, pero es preciso tener en cuenta también lo que dice al final del citado Párrafo; “sin embargo, ese vínculo con el servicio se rompe si el daño es causado voluntariamente, bajo efecto de un sentimiento de hostilidad personal. ...” (C.E. 23 junio de 1954, Vive Lizlef, Pág. 376 muerte cometida por un aduanero con su arma reglamentaria, pero en su vida privada. ...”).

“Más clara no puede ser la explicación y el ejemplo que trae el eminente tratadista.

“Las consecuencias que se derivan de que la falta sea personal, como lo dice el doctor Libardo Rodríguez, es que el funcionario habrá de responder con su patrimonio y no el Estado – Nación – y que la acción se adelantará ante la jurisdicción común”. (fol. 89).

5. Fundamento del recurso.

El apoderado de los demandantes, inconforme con la sentencia de primera instancia, recurrió contra la misma y sustentó la apelación con los siguientes planteamientos: (Fols. 91 a 103).

a) Porque la sentencia va contra la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre prueba trasladada. Al respecto afirma el recurrente que la cita jurisprudencial hecha por el *a-quo* "dice todo lo contrario a lo sostenido en la sentencia apelada", y crítica similar formula sobre la cita que del profesor Betancur Jaramillo trae la providencia impugnada.

b) Porque en la sentencia se acepta que el homicidio se cometió con arma de dotación oficial, pese a lo cual, no se admite la falla del servicio. Se atenta así contra los artículos 16 y 20 de la Carta y se desconoce la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre la falla presunta, aplicada en el proceso de Jorge Arturo Herrera Velásquez, con ponencia del señor Consejero Antonio José de Irisarri Restrepo, el 31 de julio de 1989 y reiterada en fallos posteriores.

c) Relaciona la sentencia apelada frente a la providencia del 17 de julio de 1990, Expediente 5980, actora: ARCELIA TOVAR DE TRUJILLO, en la cual se hizo un análisis sobre el significado del nexo con el servicio como punto de partida para comprometer la responsabilidad de la administración. Concluye el recurrente que en el caso bajo estudio el hecho se produjo en las horas del servicio, en el lugar del servicio, con instrumentos del servicio y bajo la impulsión del servicio, de donde deduce que "No hubo, por tanto, falta personal como lo dice la sentencia impugnada, sino falla del servicio y por tanto la sentencia amerita revocarse".

d) Los celos que producen la ira e intenso dolor no exoneran de responsabilidad a la administración. Se refiere a la sentencia del 25 de noviembre de 1988, expediente 3501, ponencia del señor Consejero Julio César Uribe Acosta, en donde, a pesar de que el agresor había actuado impulsado por los celos, esta Corporación declaró la responsabilidad administrativa.

Por último, en alegato de fondo de segunda instancia, reitera lo manifestado en la sustentación y hace hincapié en que el Tribunal desconoció el mérito probatorio pleno de la sentencia condenatoria acerca de la falla del servicio.

6. El concepto fiscal.

En su vista de fondo, la señora Fiscal Octava del Consejo de Estado estima que el caso examinado encuadra en la figura de la falla presunta, de donde infiere la responsabilidad administrativa.

Sobre los perjuicios materiales, conceptúa que “los padres de la víctima tienen derecho a aquellos ... su cuantía debe establecerse por el trámite del artículo 308 del C. de P.C. En cuanto a los “gastos de entierro y bóveda”, dice la señora Fiscal que no pueden tenerse en cuenta”, porque el documento respectivo “no fue reconocido por la misma”.

Con respecto a los perjuicios morales, el Ministerio Público estima procedente que a los padres del occiso se les reconozca el equivalente a 1.000 gramos de oro fino para cada uno y 500 gramos de oro en favor de cada hermano de la víctima. Solicita, por lo expresado, la revocatoria de la sentencia recurrida.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Para la Sala, en este proceso se encuentra demostrado:

a) Que Manuel Antonio Mariño Mariño el día 4 de noviembre de 1987 prestaba sus servicios en la Seccional Casanare-Yopal como detective rural 4115-04 del Departamento Administrativo de Seguridad -DAS-, (Fols. 26 a 32 Cdno. No. 2).

b) Que el arma utilizada por el detective Manuel Antonio Mariño Mariño el 4 de noviembre de 1987, en el puesto de Aguazul, corresponde al revólver de dotación oficial Smith & Wesson, calibre 38 L., No. 3D88107, el cual le fue entregado mediante Acta No. 206 (Fols. 48 y 49 Cdno. 2).

c) Que el occiso era trabajador y como tal conducía un carro de su padre con lo cual ayudaba a sus progenitores y hermanos quienes convivían bajo un mismo techo y en buenas relaciones (Fols. 72 a 82 Cdno. 2).

d) Que se hizo levantamiento del cadáver de Eliécer Gutiérrez Malaver (Fl. 98 Cdno. 2).

e) Que se dictó auto de detención en contra del agente detective Manuel Antonio Mariño Mariño (Fols. 99 y 100 Cdno. 2).

f) Que se dictó resolución acusatoria por el punible de homicidio, atenuado conforme al artículo 60 del C. P. (Fols. 100 a 104 Cdno. 2).

g) Que se dictó sentencia condenatoria con la atenuación aludida (Fols. 105 a 114 Cdno. 2).

h) Que Esteban Gutiérrez y Mercedes Malaver contrajeron matrimonio (Fol. 2).

i) Que Eliécer, Martha Lucy, Hicler Orlando y Edilia Herminda Gutiérrez Malaver son hijos de dicho matrimonio (Fols. 3. 4. 5 y 6).

j) Que Eliécer Gutiérrez Malaver falleció el 4 de noviembre de 1987 (Fols. 7 y 9).

2. El Tribunal decidió absolver a la Nación porque consideró que la prueba trasladada del proceso penal era de recibo en el contencioso administrativo, sin necesidad de acudir a su ratificación. De lo cual dedujo que "es preciso darle valor a lo dicho tanto por la señora de Eliécer Gutiérrez en su declaración, como a lo dicho por Manuel Antonio Mariño en su indagatoria ... En síntesis, como las pruebas recogidas en el proceso penal no han sido tachadas y las partes que actuaron en éste, actúan ahora en el campo administrativo, ha de colegirse, como ya se dijo, que las citadas pruebas tienen pleno valor" (Fol. 83).

Contradice lo expresado por el *a-quo*, el recurrente, quien con razón, alega la necesidad de ratificar las pruebas trasladadas del penal y complementa además el concepto parcialmente transcrito en la sentencia recurrida del criterio que sobre este particular consignó el profesor Carlos Betancur Jaramillo en su obra de Derecho Procesal Administrativo.

3. Para la Sala, el aspecto fundamental a decidir en este proceso consiste en determinar si hubo falla personal o falla del servicio. Estas dos figuras antagónicas se encuentran abogadas en el expediente, por la entidad demandada y el fallo del Tribunal la primera, y por la parte demandante la segunda.

Indudablemente que en el presente asunto, el comportamiento del detective rural Manuel Antonio Mariño no puede considerarse como un acto propio del servicio, porque nadie le había encomendado asumir la cuestionable conducta que originó este proceso. Empero, se dan en este caso otras circunstancias que conforme a jurisprudencia de la Sala permiten encuadrar lo sucedido como una falla del servicio provocadora de la responsabilidad administrativa de la Nación.

4. El asunto que ahora examina la Sala es precisamente de aquellos en los que, a primera vista, pareciera ser de índole estrictamente personal y, por consiguiente, comprometedor únicamente de la responsabilidad personal del agente. Se dice que a primera vista, porque son varios y distintos los nexos que pueden presentarse entre el agente y su accionar frente a la administración.

Acerca de esta interesante materia, frecuentemente sometida al examen de la Sala, se han producido varios pronunciamientos, entre los cuales especialmente se recuerda la sentencia de 17 de julio de 1990, en el proceso de Arcelia Tovar de Trujillo; expediente No. 5980; donde con ponencia del Doctor Gustavo de Greiff Restrepo se estudiaron diversas situaciones que sirven como orientación para determinar la existencia o no del nexo con el servicio y establecer la consecuenencial solución jurídica del problema. Desde

luego que, como se aclarara en el fallo citado, “ello no quiere decir que siempre que el hecho ocurra dentro de cualquiera de tales especies o de ambas, *necesariamente* se vea comprometida la responsabilidad de la administración, pero sí resultará que el Juez, en primer término, tendrá mejores elementos de juicio para *inferir* que existió una falla en el servicio”.

El permanente conocimiento y estudio de situaciones como la que ahora ocupa la atención de la Sala, enseñan que en ocasiones el actuar del agente administrativo se puede proyectar hacia la ejecución de una conducta penalmente reprochable, a la vez que tal comportamiento puede comprometer la responsabilidad de la administración. Pese a lo anterior, no siempre surgen claramente alinderadas las secuelas del accionar del agente y con frecuencia tienden a confundirse dada la identidad física de quien actúa como sujeto activo de un hecho punible doloso o culposo, ó, como ejecutor de un hecho dañoso de la administración. Diferenciar o separar cada uno de estos aspectos se hace ostensiblemente más complicado cuando se trata de establecer si el agente actuó o no vinculado con el servicio o si procedió a título exclusivamente personal, sin ligamen alguno con el servicio.

Frente a situaciones confusas en donde se presentan las cuestiones antes relacionadas, la Sala, en la providencia ya referida, estudió y determinó conceptualmente y a manera de orientación, la posibilidad de establecer la existencia de hechos y circunstancias que tomados como nexos con el servicio, permitan definir si un determinado obrar o varios, configuran en el actuar del agente una falla personal o del servicio.

Tales nexos, de carácter temporal o espacial, llevan al juzgador a preguntarse si el hecho sucedió en horas del servicio; si aconteció en el lugar del servicio; si se ocasionó con instrumento del servicio; si el comportamiento del agente se encaminó a ejecutar un servicio y si actuó bajo la impulsión del servicio.

Pues bien, para la Sala resulta incuestionable que la actuación irregular del detective Mariño se cumplió en horas del servicio, si se toma en cuenta la permanente disponibilidad que tienen los integrantes de los organismos armados oficiales. Igualmente, no surge duda alguna sobre que el sitio donde se ejecutó el hecho es lugar del servicio, porque conforme a certificación procesal (Fol. 48 Cdno. 2) el agente Mariño prestaba servicios en el municipio de Aguazul, disponible para cumplir la misión que se le encomendara. Estaba en servicio activo, no se hallaba de franquicia o de permiso. De igual manera, categóricamente se puede afirmar que el revólver utilizado por el agente agresor era de dotación oficial, el cual había recibido del Estado para cumplir sus funciones de salvaguardia de la vida, honra y bienes de todos los ciudadanos (Fols. 48 y 49 Cdno. 2).

Los nexos con el servicio que se acaban de relacionar, permiten a la Sala considerar el comportamiento del detective Manuel Antonio Mariño

antes que como una falla personal, cómo una falta en el servicio generadora de responsabilidad administrativa. Esta conclusión cobra mayor respaldo, si se toma en cuenta que por parte del agente existió un abuso del privilegio que por ser agente público el Estado le otorga para llevar y utilizar armamento de dotación oficial en apoyo, protección y beneficio de la ciudadanía, más nunca, en detrimento de la vida e integridad de alguno de sus miembros, porque el uso de las armas, por mandato legal y reglamentario solo se autoriza en casos extremos de necesidad y siempre bajo los más severos y restrictivos límites de inteligencia y responsabilidad.

Ya la Sala ha tenido oportunidad de señalar como condición indispensable para admitir la falla personal, que ésta resulte de una conducta *totalmente* desvinculada del servicio. Así lo expresó, con ponencia del señor Consejero Julio César Uribe Acosta; expediente No. 3484; actora: María del Socorro Ríos. v. de Zapata, en providencia del 23 de abril de 1985:

“La tesis de la falla personal ha sido elaborada por esta misma Sala y se ha insistido en varias oportunidades que para que ésta se de tiene que mostrar el accionar del agente totalmente desvinculado del servicio, porque si el resultado dañoso deja ver que se actúa dentro o con ocasión del mismo la culpa personal desaparece para mostrar la falla de la administración y con ésta su responsabilidad”.

Como antes lo advirtió la Sala, son varios los nexos que se presentan con el servicio y por lo mismo no se puede desvincular absolutamente el comportamiento del agente con ese servicio, de donde, se concluye, que en el caso bajo estudio si se dio la falla de la administración.

Cabe advertir que también el asunto bajo estudio ha podido resolverse con la aplicación de la tesis de la falla presunta porque el deceso lo causó un detective oficial armado de revólver de dotación y sin que se diera en el proceso, causal alguna de exoneración en favor del ente demandado. Sin embargo, no se acude a esta teoría, porque se encuentra efectivamente acreditada la falla del servicio.

Ahora bien, reconocida la falla de la administración, también en los autos aparece evidenciado que con el fallecimiento de Eliécer Gutiérrez Malaver sus padres y sus hermanos resultaron afectados, los primeros económicamente y todos sentimentalmente, de donde se infiere la existencia de daño y, éste a su vez, no tiene otro origen que la falla administrativa que ocasionó la muerte de Gutiérrez Malaver. Resulta entonces configurada en todos sus elementos la responsabilidad de la administración.

5. Consecuente con lo anterior, se procede al reconocimiento de los perjuicios que, en derecho, a cada demandante pueda corresponderle.

Con relación a los perjuicios de orden moral, estos, conforme a reiterada jurisprudencia de la Sección se reconocerá a cada uno el valor equivalente en pesos a 1.000 gramos de oro fino, en favor de Esteban Gutiérrez Mesa y Mercedes Malaver de Gutiérrez, como progenitores que son del occiso. Para Martha Lucy, Hicler Orlando y Edilia Herminda Gutiérrez Malaver, hermanos legítimos del occiso, con quien vivían en la misma casa, e integraban un grupo familiar unido, se les reconocerá a cada uno de ellos una suma equivalente en pesos a 500 gramos de oro fino. Esta condena se hace en concreto y se liquidará de acuerdo con el precio del gramo de oro fino que certifique el Banco de la República para la fecha en que esta sentencia cause ejecutoria.

Respecto de los perjuicios materiales, observa la Sala que con los testimonios obrantes a folios 72 a 82 se demuestra la actividad laboral que cumplía el occiso como conductor de un automotor de propiedad de su padre.

Sin embargo, no está suficientemente acreditado el ingreso que por dicha labor percibía, lo cual lleva a la Sala a tomar como valor de las entradas económicas mensuales el salario mínimo legal vigente para la época de los hechos, o sea la suma de \$20.509.80 de acuerdo con el Decreto 3732 de 1986.

Ahora bien, de la prueba testimonial recaudada en este proceso deduce la Sala que si bien el occiso auxiliaba a sus progenitores con el producto de su trabajo en el camión o camioneta de su padre, dada la misma cantidad percibida, ésta no le alcanzaba para distribuirla también con sus hermanos, dos de los cuales, Edilia y Hicler Orlando, por lo demás eran para la época del insuceso mayores de edad. En tales condiciones el reconocimiento por concepto de perjuicios de orden material solo se hará en favor de los padres de la víctima.

En cuanto a los gastos originados en el sepelio del occiso, los cuales se relacionan al folio 8 en documento suscrito y autenticado por la señora Inés O. de Beltrán, estima la Sala que por su contenido solo acredita una constancia de gastos, sin establecer concretamente si fueron o no cancelados, y si lo fueron, cuál persona hizo el pago. Lo anterior no da lugar a reconocer perjuicios por este concepto.

En razón a que obra en el proceso el registro civil de nacimiento del occiso y los valores económicos necesarios para liquidar los perjuicios materiales, a ello procede la Sala, no sin advertir que como sólo restaría actualizar el salario o renta mensual mediante una sencilla operación aritmética, esta condena se entiende que se hace en concreto.

BASES PARA LA LIQUIDACION:

| | |
|----------------------|---------------------------|
| Nombre del occiso: | ELIECER GUTIERREZ MALAVER |
| Fecha de nacimiento: | 31 de octubre de 1963 |

SECCION TERCERA

| | |
|---|------------------------|
| Fecha de fallecimiento: | 4 de noviembre de 1987 |
| Cumplía 25 años: | 31 de octubre de 1988 |
| Tiempo transcurrido entre la fecha del fallecimiento y los 25 años de edad: | 12 meses |
| Salario mínimo legal: | \$20.509.80 |
| Reajuste prestacional (+ 250/o): | \$25.637.25 |
| 750/o sostenimiento paterno: | \$19.227.93 |

Se toma como fecha límite para calcular el período de indemnización vencida el 31 de octubre de 1988 porque este día hubiese cumplido la víctima 25 años de edad, y de acuerdo con el reiterado criterio de la Sala, se considera que en tal oportunidad hubiera establecido su propio hogar y con ello cesaría la ayuda económica a sus padres. En providencia de esta misma fecha, con ponencia del señor Consejero Carlos Betancur Jaramillo; actor: Libardo de Jesús Carmona; Expediente 6485, se dijo sobre el particular: "y aunque frente a los hijos que sostienen o velan económicamente a sus padres y hermanos, ha considerado la jurisprudencia que, en principio, esa dependencia se mantiene hasta los 25 años, claro está salvo prueba en contrario que justifique una proyección mayor ...".

INDEMNIZACION VENCIDA:

Se aplica la fórmula: $S = R \frac{(1 + i)^n - 1}{i}$; donde

S suma buscada; R= renta o ingreso; i= interés del 0.004867 mensual; n = número de meses entre el hecho (4 de noviembre de 1987) y la supuesta llegada del occiso a 25 años de edad (31 octubre de 1988) - 12 meses.

Luego:

$$S = 19.227.93 \frac{(1 + 0.004867)^{12} - 1}{0.004867} = \$237.012.90$$

La cifra anterior se actualizará mediante la fórmula $R_a = R \frac{\text{Ind. Final}}{\text{Ind. Inicial}}$;

donde:

R_a es renta actualizada; R es el valor histórico o renta que se va a actualizar; Índice inicial= el vigente en noviembre de 1987; Índice Final = el vigente a la fecha de ejecutoria de esta providencia. Los índices de precios al consumidor los certificará el DANE.

Conforme a lo anterior, sólo queda por desarrollar esta operación:

Ra = 237.012.90 $\frac{\text{Ind. Final (Ejecutoria esta providencia)}}{\text{Ind. Inicial (noviembre de 1987)}}$

El resultado corresponderá a la indemnización vencida y se dividirá por partes iguales entre el padre y la madre del occiso. No hay lugar a acrecimiento.

Por lo expuesto, de acuerdo con la Fiscalía Octava, 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:

REVOCASE la sentencia de 1o. de agosto de 1990, dictada por el Tribunal Administrativo de Boyacá y en su lugar, se dispone:

PRIMERO: Declárase administrativamente responsable a la Nación – Departamento Administrativo de Seguridad DAS, por la muerte del señor Eliécer Gutiérrez Malaver ocurrida en Aguazul el 4 de noviembre de 1987.

SEGUNDO: Como consecuencia, se condena a la Nación – Departamento Administrativo de Seguridad DAS a pagar, por concepto de perjuicios morales en concreto, el valor equivalente en pesos a 1.000 gramos de oro fino a cada una de las siguientes personas: Esteban Gutiérrez Mesa y Mercedes Malaver de Gutiérrez; y el equivalente a 500 gramos de oro fino a Edilia Herminda, Hicler Orlando y Martha Lucy Gutiérrez Malaver, de acuerdo con la cotización que tenga dicho metal a la fecha de ejecutoria de esta sentencia. Los beneficiados con la condena allegarán con la cuenta de cobro el certificado que expida el Banco de la República sobre el precio del oro en la fecha aludida.

TERCERO: Como consecuencia de la primera declaración se condena a la Nación – Departamento Administrativo de Seguridad Das, a pagar conjuntamente a los señores Esteban Gutiérrez Mesa y Mercedes Malaver de Gutiérrez, la suma de doscientos treinta y siete mil doce pesos con 90/100 (\$237.012.90) moneda corriente, por concepto de perjuicios materiales liquidados con fecha 4 de noviembre de 1987.

La suma anterior será actualizada a la fecha de ejecutoria de esta providencia, conforme se señaló en la parte motiva de la misma. Por ello se entiende que esta condena es en concreto y para su actualización los interesados deben aportar el certificado del DANE sobre los índices de precios al consumidor vigentes para noviembre de 1987 y para la fecha en que este fallo cobre ejecutoria.

SECCION TERCERA

CUARTO: Dése cumplimiento a los artículos 176 y 177 del C.C.A.

QUINTO: Niéganse las demás peticiones de la demanda.

COPIESE, NOTIFIQUESE, CUMPLASE Y DEVUELVA.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha, veinticuatro (24) de octubre de mil novecientos noventa y uno (1991).

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

EXPROPIACION/RECURSO DE APELACION—Trámite/INFORME TECNICO—Valor probatorio/PRUEBA DE INFORME

Dado que la Ley 30/88 no señala el trámite del recurso y tampoco lo hace el Título XXIV del Libro 3 del C. de P.C., regulador del proceso de expropiación y teniendo en cuenta que la aplicación del C.C.A., es de carácter supletivo, es imperioso acudir a las reglas generales del procedimiento previstas, para este caso, en el art. 355 del Código citado. La “prueba de informe” constituye un medio especial y autónomo de la peritación, del testimonio y de la prueba documental, siendo pertinente y útil para la valoración correcta de la experticia.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Santafé de Bogotá, D.C., veinticinco (25) de octubre de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Doctor Juan de Dios Montes Hernández.*

Referencia: Expediente No. 6540. Actor: Instituto Colombiano de la Reforma Agraria “Incora”.

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte demandada contra el auto proferido el 22 de octubre de 1990 por el Tribunal Administrativo de Santander, por medio del cual denegó la práctica de las pruebas que solicitó para demostrar la objeción que formuló, por error grave, en contra del dictamen pericial que obra a folios 1 y siguientes.

EL AUTO APELADO

La decisión estuvo precedida por las siguientes consideraciones:

“En el escrito incidental de objeción al dictamen pericial por error grave, ha solicitado el apoderado judicial de la parte demandada el decreto de algunas pruebas con sujeción a lo dispuesto por el numeral 5o. del art. 238 del C. de P.C., pero no obstante haber sido pedidas en tiempo, su proposición resulta ineficaz y superflua, habida cuenta que la Federación Nacional de Cafeteros, la Caja de Crédito Agrario, el Instituto Nacional de Aprendizaje SENA y la Secretaría de Obras Públicas, son entidades que no tienen por función la de emitir conceptos periciales en asuntos judiciales, como tampoco terceros como los que se pide sean citados a declarar, pues dicha función la ley procesal se la —sic— adscrito exclusivamente a los auxiliares de la Justicia que figuran en la lista que reposa en cada uno de los Despachos Judiciales” (fl. 20 C. 1).

LAS RAZONES DEL RECURRENTE

Arguye el recurrente que el Tribunal no observó el trámite incidental que debe sufrir la objeción de la experticia; agrega que las pruebas negadas son conducentes para demostrar el error grave, por lo cual, insiste en que se decreten; dice en su escrito de sustentación:

“Tácitamente la decisión rechazó el trámite del incidente conforme al art. 137 numeral 2 del C. de P. C. y consecencialmente se omitió:

“1.— Traslado del incidente.

“2.— Se procedió a agotar el numeral 3 considerando innecesarias las pruebas pedidas, sin tener en cuenta la norma especial del numeral 5 del art. 238 del C. de P.C. que dice: ‘En el escrito de objeción se precisará el error y se pedirán las pruebas para demostrarlo. De aquel se dará traslado a las demás partes en la forma indicada en el art. 103, por tres días, dentro de los cuales podrán éstas pedir pruebas. El Juez decretará las que considere necesarias para para —sic— resolver sobre la existencia del error y concederá el término de diez días para practicarlas. El dictamen rendido como prueba de las objeciones no es objetable, pero dentro del término del traslado las partes podrán pedir que se complete y aclare.

Se dio cumplimiento al numeral 6 del artículo citado decretando dos peritos en forma oficiosa a lo cual no me opongo, pero mi inconformidad estriba en la posibilidad que se pueda alegar la nulidad del art. 152 numeral 6 del C. de P.C. y especialmente en que se me deniegan las pruebas pedidas con fundamento en el art. 243 del C. de P.C., en armonía con el numeral 7 del art. 238 y el art. 242 ibídem.

“Si bien el art. 352 ibídem no exige sustentación hago las anteriores apreciaciones para que en la oportunidad debida (art. 359 C.P.C.) se tengan en cuenta y solicitando que se aplique el art. 354 núm. 1 inciso final. La decisión desconoció el art. 237 numerales 2 a 4 del C. de P.C. y por ello la razón del recurso.

“Huelga repetir que los artículos citados corresponden al C. de P.C. vigente (Decreto 2282/89)”. (fl. 21 a 22 C. 1).

Las pruebas solicitadas por el recurrente y negadas por el Tribunal, son las siguientes:

“1. Que se le reciba declaración con las formalidades de la ley a los señores MIGÜEL FONSECA, con domicilio en la ciudad de Charalá, en la carrera 14 No. 21-62 y PABLO A. BERDUGO, con domicilio en la carrera 15 No. 10-06 o en su defecto, que se les reciba declaración a dos de los Peritos Avaluadores de inmuebles de la lista oficial del Juzgado Promiscuo del Circuito de Charalá, para lo cual se le solicitará a este Despacho la información correspondiente, para que depongan sobre lo siguiente:

“a) Generales de Ley. b) Cuánto tiempo llevan siendo auxiliares de la Justicia como peritos avaluadores de finca raíz en el Circuito de Charalá. c) Cuál es el valor por hectárea cultivada con pastos o caña de azúcar en la región de Cantera, límites con el Municipio de Encino, en donde se encuentra la finca ‘MACHAMANGA’ que aquí se avalúo. d) Que señalen por el conocimiento agrario que tienen —sic— que valor aproximado corresponde a una hectárea cultivada con pastos en el Valle del Pienta y grado de fertilidad, clase de tierras y demás características. e) Que indiquen en cuánto se recarga el valor de los materiales y construcciones en un valor como ‘MACHAMANGA’, atendiendo lugar de producción y transporte. f) Que digan si en la región de Charalá hay terrenos o se encuentran fincas en que aún pueda valer la hectárea \$100.000.00. g) Que indique cuál es el precio promedio de la hectárea de tierra, en las condiciones y situaciones del predio MACHAMANGA, señalando sus vías de acceso. h) Que expliquen a qué se debe el valor de las tierras en la región de Charalá y los factores que influyen en ella. h) —sic— Las preguntas que el H. Magistrado ponente se sirva hacer.

“ESTOY DISPUESTO A DEPOSITAR las sumas que ordene para el traslado de los testigos a su Despacho para facilitar la inmediación.

“2. Si el señor Magistrado estima conducente que el avalúo se haga en diligencia de Inspección Judicial por comisión al Juzgado Promiscuo del Circuito de Charalá, estamos dispuestos a sufragar los gastos que demande la diligencia, una vez se designen los nuevos peritos.

SECCION TERCERA

"3. Que se libren oficios a la Federación Nacional de Cafeteros, seccional de Charalá y Bucaramanga, para que se determine el valor de las matas de café plantadas, en levante y en producción, a fin de que sirva de base a los peritos que se nombren.

"4. Que se libren oficios a la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero Agencia de Charalá y Gerencia Regional, para que se informe cuál es el valor promedio de la hectárea de tierra en la región de Cantera en el Municipio de Charalá, cuando se hacen los avalúos para realizar préstamos a los campesinos, y si allí se tienen valores para avalúo de vivienda rural, se determinarán los patrones.

"5. Que se oficie al INSTITUTO NACIONAL DE APRENDIZAJE SENA; para que conceptúe sobre el valor que cuesta a la institución el asesoramiento para construcción de vivienda rural, como quiera que se cumplieron tales asesoramientos para fincas que pertenecen a INCORA y si es posible que se estime el valor del metro cuadrado de construcciones, a fin de que los peritos tengan en cuenta esta situación.

"6. Que se libre oficio a la Secretaría de Obras Públicas del departamento, a fin de que se sirva certificar sobre el valor actual que esa dependencia oficial paga actualmente por la construcción de un kilómetro de carretera, a ciento sesenta kilómetros aproximadamente de Bucaramanga.

"8. Que se designen peritos para que con base en las pruebas aportadas se practiquen los avalúos en los términos que ordenó el H. Tribunal Contencioso Administrativo, es decir, como lo dispone el numeral 15 del art. 25 de la ley 30 de 1988, que determinará el valor de la cosa expropiada a lo cual se refirieron los peritos que rindieron dictamen y que tampoco dieron cumplimiento al art. 236 del C. de P.C. numeral 3, manifestando que tienen los conocimientos necesarios y la experiencia calificada de 'contar cuando menos con cinco años de experiencia en la realización de aváluos de bienes inmuebles rurales' y que en razón de los valores globales y apresurados que se dieron en nombre de mis representantes no los puedo aceptar y así lo manifiesto por medio de esta OBJECION AL DICTAMEN POR ERROR GRAVE, haciendo uso del art. 238 del C. de P.C." (Fls. 14 y 15 C. 1).

En escrito separado solicitó, además:

"1. Librar oficio a la Inspección del Trabajo con sede en San Gil para que se sirva remitir las tablas que allí reposen sobre los valores de hectárea de cultivos de café, cementeras, pastos y demás datos que permiten determinar los valores, cuando se hace reconocimiento de ellos a los trabajadores.

"2. Que por la Secretaría de esa alta Corporación, se certifique o se traiga al proceso copia de avalúos por hectárea de tierra en el vecindario de Charalá, en otras expropiaciones, como en el caso de SAN ANTONIO TINACA, de AGROPECUARIA PAEZ LTDA., en el cual el apoderado, y en aquellos que se adelanten respecto de esa región, si los hubiere". (fl. 8).

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El *a-quo* tiene razón cuando expresa que este recurso debe manejarse por la regla especial del ordinal 13 del artículo 25 de la ley 30 de 1988, modificatorio del artículo 59 de la ley 135 de 1961 y no por las normas generales del C. de P.C.

Dice la señalada disposición en el inciso 1o.:

"Las providencias del proceso de expropiación son únicamente susceptibles del recurso de reposición, con excepción de la sentencia, del auto que deniegue la apertura a prueba o la *práctica de alguna que haya sido pedida oportunamente* y del auto que resuelva la liquidación de condenas, que serán apelables ante el Consejo de Estado, ..." (se subraya).

En el inciso tercero del mismo ordinal precisa que el auto correspondiente es apelable en el efecto devolutivo.

Sin embargo, como contrapartida, en el ordinal 19 ordena:

"En los aspectos no contemplados en la presente ley el trámite del proceso de expropiación se adelantará conforme a lo dispuesto por el Título XXIV del Libro 3o. y *demás normas del Código de Procedimiento Civil*; en lo no previsto en dichas disposiciones, se aplicarán las normas del Código Contencioso Administrativo en cuanto fueren compatibles con el procedimiento aplicable" (se subraya nuevamente).

Dado que la ley 30 no señala el trámite del recurso y tampoco lo hace el Título XXIV del Libro 3o. del C. de P.C., regulador del proceso de expropiación, y teniendo en cuenta que la aplicación del C.C.A. es de carácter supletivo, es imperioso acudir a las reglas generales del procedimiento previstas, para este caso, en el artículo 355 del Código citado, cuyo texto expresa:

"Apelación de autos que niegan pruebas. Cuando se apelare el auto que niega el decreto o la práctica de una prueba y el superior lo revocare o reformare, si al proferir el inferior el de obediencia estuviere vencido el término para practicarlas, concederá uno adicional que no podrá exceder del señalado para la instancia o el incidente con dicho fin, o señalará fecha para la audiencia o diligencia.

“Si el inferior dicta sentencia antes de que se haya decidido la apelación y aquella hubiere sido apelada o consultada, el superior procederá a practicar dichas pruebas dentro de un término igual al señalado en la primera instancia, o fijará fecha para la audiencia o diligencia, según fuere el caso”.

Esta norma, por especial, prima sobre el precepto del ordinal 5o. del artículo 137 del C. de P.C. que establece:

“Sobre las procedencias de las apelaciones que se interpongan en el curso de un incidente, se resolverá en el auto que conceda la apelación que interponga contra el auto que decida el incidente. Si no se apela éste, aquéllas se tendrán por no interpuestas.

Señalado lo anterior, se tiene que el *a-quo* negó las pruebas cuyo decreto y práctica solicitó el recurrente, porque “... su proposición resulta ineficaz y superflua habida cuenta que la Federación Nacional de Cafeteros, La Caja de Crédito Agrario, el Instituto Nacional de Aprendizaje SENA y la Secretaría de Obras Públicas son entidades que no tienen por función la de emitir conceptos periciales en asuntos judiciales, como tampoco los que se pide sean citados a declarar ...”

Esta afirmación del Tribunal no es completamente exacta; basta leer el texto de los dos primeros incisos del artículo 243 del C. de P.C., para deducir que las entidades públicas pueden y deben rendir los informes que, de ellas requieran los jueces; dice la mentada disposición:

“Informes técnicos y peritaciones de entidades y dependencias oficiales. Los jueces podrán solicitar, que de oficio o a petición de parte, informes técnicos o científicos sobre avalúos y otros hechos de interés para el proceso, a los médicos legistas, a la policía judicial, al Instituto Geográfico Agustín Codazzi y en general a las entidades y dependencias oficiales que dispongan de personal especializado, y a las que tenga el carácter de consultoras del gobierno.

“Tales informes deberán ser motivados y rendirse bajo juramento, que se entenderá prestado por el solo hecho de la firma, y se pondrán en conocimiento de las partes por el término de tres días para que puedan pedir que se complementen o aclaren”.

El texto legal transcrito fue introducido por el Decreto Extraordinario 2282 de 1989, confirmando la tesis doctrinaria según la cual “la prueba de informe” constituye un medio especial y autónomo de la peritación, del testimonio y de la prueba documental; el hoy Consejero DANIEL SUAREZ HERNANDEZ había precisado en un artículo publicado en la Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, Volumen I No. 4 – 1986, pgs.

72, antes de la consagración legislativa, que los “informes (constituyen) un medio probatorio, con estructura e idiosincrasia propias, que imponen igualmente tratamiento y valoración *sui-generis*, pero siempre apreciados en conjunto con los demás medios probatorios y conforme a un sano entendimiento humano, armonizado con los principios de la lógica y la experiencia del Juez”. En estas circunstancias, la Sala encuentra que los informes que el recurrente solicita en los numerales 3, 4, 5 y 6 del escrito de objeción del dictamen y lo. del memorial que lo adiciona son conducentes, pertinentes y útiles para la valoración correcta de la experticia, y, por consiguiente, procederá a decretarlos.

En cambio, los testimonios que solicita en el numeral lo. resultan supérfluos, como lo estimó el *a-quo*, dado que los temas señalados por el recurrente constituyen el objeto de la prueba pericial.

La pericia fue decretada de oficio por el Tribunal, circunstancia que releva de otra consideración.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR el auto apelado.

SEGUNDO: Se decretan las siguientes pruebas:

a) Oficiése a la Federación Nacional de Cafeteros, Seccional de Charalá y Bucaramanga para que se sirva informar sobre el valor de las matas de café plantadas, en levante y en producción.

b) Oficiése a la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero –Agencia Charalá– para que informe sobre el valor promedio de la hectárea de tierra en la región de Cantera, Municipio de Charalá, de acuerdo con los avalúos que practica esa entidad para realizar préstamos a los campesinos. El informe incluirá, si los tiene, los patrones para los avalúos de vivienda rural.

c) A la Secretaría de Obras Públicas del Departamento solicítese informe sobre el valor que esa dependencia paga en la actualidad por la construcción de un kilómetro de carretera, a ciento sesenta kilómetros de Bucaramanga.

d) A la Inspección del Trabajo de San Gil pídase informe respecto de las tablas que allí reposen sobre el valor de la hectárea de cultivos de café o de otros productos, cuando se hace reconocimiento de ellos a los trabajadores.

SECCION TERCERA

TERCERO: Se niegan las demás pruebas solicitadas por el recurrente.

CUARTO: Las precisiones anteriores serán cumplidas por el *a-quo*.

COPIESE Y NOTIFIQUESE.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de fecha.

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

DERECHO DE EXCLUSION

El derecho de exclusión no opera de manera automática por la sola circunstancia de haberse ejercitado en oportunidad legal para ello, dado que dicho fenómeno jurídico consiste en el derecho que todo propietario que transfiere íntegramente un predio rural al Incora en desarrollo de los programas de reforma agraria “para reservarse una extensión del fundo equivalente a cuatro unidades agrícolas familiares determinadas para el predio, si el inmueble excediere de dicha superficie” situación esta última que no se dio en el caso en examen.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Santafé de Bogotá, D.C., veinticinco (25) de octubre de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Doctor Daniel Suárez Hernández.*

Referencia: Expediente No. 6562. Actor: Instituto Colombiano de la Reforma Agraria — Incora.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte pasiva, contra la sentencia de 10 de diciembre de 1990, proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda, mediante la cual se dispuso:

“1. Se decreta la expropiación a favor del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria INCORA, del predio rural denominado MERLANDIA o LA MERLANDA, ubicado en la Vereda La Esmeralda, jurisdicción del Municipio de Santuario, Departamento de Risaralda, comprendido dentro de los siguientes linderos generales según certificado de tradición con Matrícula Inmobiliaria No. 297-0002964: ‘De un botón de peña

que está a la orilla de la quebrada de la mina, lindero con propiedad de Asilo de Ancianos y siguiendo por una cuchilla arriba hasta subir a una puerta que está a la orilla de la carretera, cruza la carretera y sigue por la cuchilla arriba lindando siempre con el asilo de ancianos hasta llegar donde hay unos transformadores eléctricos lindando con propiedad de Tulio Giraldo, volteando hacia la derecha de para abajo hasta la orilla de un monte y un potrero hasta encontrar un lindero con Zoila Cardona, voltea otra vez hacia la derecha y haciendo zic zac, vuelve y gira hacia la derecha por un alambrado hasta llegar a un lindero con la escuela de la Baja Esmeralda, vuelve y voltea hacia la derecha y dejando el lote de la escuela, se sigue por la orilla de un cafetal y por la cabecera del cafetal y por la orilla de un monte, sigue bajando hasta llegar a la quebrada la Esmeralda lindando siempre con Zoila Cardona hoy de otros se sigue quebrada arriba lindando con herederos de Ricardo Gallo, hasta llegar a una mata de guadua lindando con Misael Bermúdez, sigue cuchilla arriba lindando con Misael Bermúdez, hasta un alto, gira hacia abajo por una mejora nueva, de propiedad del cónyuge, hasta la quebrada la Mina, siguiendo por esta hacia arriba hasta ponerse al frente del punto de partida o sea hasta el botón de peña’.

“Los linderos técnicos según el levantamiento topográfico del INCORA, Plano número 395.755 son: ‘Partiendo del punto No. 4, localizado en la quebrada La Mina, en dirección Sureste y Longitud de 470 mts., siguiendo la quebrada la Mina aguas abajo por su margen derecha hasta el punto 13. De este punto, en dirección Noreste y longitud de 69 mts. hasta el punto 14, lindando con Gerardo Echeverry. Del punto 14 en dirección Este y longitud de 85 mts. hasta el punto 16, localizado en la quebrada La Esmeralda lindando con la familia Torres. Del punto 16, en dirección Sureste y longitud de 653 mts., siguiendo la Quebrada La Esmeralda aguas abajo por su margen derecha, hasta el punto 31. De este punto, en dirección Noroeste y longitud de 337 mts. hasta el punto 32, lindando con Ligia López. Del punto 32, en dirección Noroeste y longitud de 109 mts. hasta el punto 38, lindando con lote de la escuela de la vereda La Baja Esmeralda. Del punto 38, en dirección Noroeste y Longitud de 113 mts. hasta el punto 42, lindando con Ligia López. Del punto 42, en dirección Noroeste y longitud de 372 mts. hasta el punto 53, lindando con Deyanira Gallego. Del punto 53, en dirección Noroeste y longitud de 90 mts. hasta el punto 55, lindando con Tulio Giraldo. Del punto 55, en dirección Norte y longitud de 220 mts. hasta el No. 4 (punto de partida) lindando con María Aleyda Grajales.

“2. Se decreta el avalúo del inmueble. En firme esta sentencia se realizará la designación de peritos evaluadores y demás actuaciones subsiguientes procedentes.

“3. Se ordena cancelar los gravámenes, embargos e inscripciones que recaigan sobre el inmueble expropiado con matrícula 297-0002964.

Simultáneamente con las copias para protocolización de esta sentencia se librarán y entregarán el oficio u oficios correspondientes a las cancelaciones ordenadas, dirigidos a los señores Notarios que señale el INCORA identificando los gravámenes a cancelar según lo informe el mismo Instituto.

Respecto de la cancelación de embargos e inscripciones se dirigirá oficio al Sr. Registrador de Instrumentos Públicos de Santuario, con los datos del caso.

“4. Ejecutoriada esta sentencia se protocolizará copia de ella con las actuaciones y notas que permitan conocer su ejecutoria en la Notaría que señale el INCORA. Luego se la inscribirá en la matrícula inmobiliaria 297-002964 de la Oficina de Registros de Instrumentos Públicos de Santuario (Rda.). Las copias serán expedidas por la Secretaría del Tribunal indicando su destinación.

“5. Sin costas”. (fls. 77 a 80).

I. ANTECEDENTES:

1) Mediante apoderado debidamente constituido, el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria – INCORA, Regional Antiguo Caldas, el 20 de septiembre de 1990, presentó demanda con el fin de obtener la expropiación del predio rural denominado Merlandia o Merlanda, ubicado en la Vereda la Esmeralda, Municipio de Santuario Risaralda, propiedad del señor José de Jesús Cardona Echeverri.

2) Los hechos que dieron origen a la anterior perición los resumió así el *a-quo*.

“El Municipio de Santuario, entre otros, ha sido determinado por el INCORA como zona de reforma agraria en los años 1988, 1989 y el actual 1990 por los acuerdos 2/88, 44/88 y 32/89. El INCORA por las resoluciones 75/88, 106/88 y 101/89 facultó al Gerente General para adquirir por negociación voluntaria o expropiación las tierras necesarias para el desarrollo de programas de dotación de tierras en las zonas de reforma agraria. Por la Resolución 4700/89 el Gerente General delegó en los Gerentes Regionales entre otras funciones, adelantar las actuaciones encaminadas a reunir los elementos necesarios para la adquisición de predios.

“En ejercicio de tales funciones delegadas la Gerencia Regional antiguo Caldas por auto de abril 10/89 ordenó la adquisición del predio Merlandia, disponiendo y realizando la práctica de visita técnica al fundo, el levantamiento topográfico, y planos, avalúo del inmueble y estudio de

los títulos de propiedad. La Junta Directiva en sesión de abril 9/90 aprobó la negociación. Se notificó la oferta de compra, inscrita en la matrícula inmobiliaria respectiva, al propietario José de Jesús Cardona E. en mayo 9/90, quien en el plazo señalado por la ley no dio respuesta alguna. El Gerente General dispuso adelantar la expropiación del predio por la resolución 3927/90, aprobada por la resolución 68/90 de la Junta Directiva del Instituto. Notificadas estas resoluciones al propietario este interpuso recurso de reposición que debe entenderse negado por la presentación de esta demanda". (fls. 72 y 73).

3) Mediante auto de 28 de septiembre de 1990 (fls. 65 y 66) se admitió la demanda en el cual se dijo:

"... en la demanda no se determina la porción excluible del predio, como lo señala el inciso segundo del artículo 41 del citado Decreto 2107. La porción excluible de cuatro unidades agrícolas familiares es igual a la totalidad del predio que, según los anexos de la demanda, se destinaría a 4 de esas unidades. La omisión de esta mención exigida para la demanda, no da en este caso lugar a inadmisión (según sentido de esta palabra en el Decreto 2107/88), pues ello equivaldría a un pronunciamiento en este auto de admisibilidad de la demanda, sobre la decisión del INCORA, tomada implícitamente en la parte resolutive de la Resolución 03927/90 ..." (fls. 65 y 66).

En el mismo auto se ordenó la notificación al señor José Jesús Cardona Echeverry y al señor Agente del Ministerio Público.

Por escrito de fls. 68 y 69 el apoderado del señor Cardona Echeverry contestó la demanda, en la cual manifestó:

"Me allano a las pretensiones de la demanda y por lo tanto solicito al Honorable Tribunal se me autorice hacer uso del Derecho de exclusión, conforme a las normas que rigen este procedimiento y como una segunda consecuencia que no se me condene en costas.

"Es un hecho notorio, que el allanarme a la demanda y solicitar se me autorice el derecho de exclusión, que lo conforman las cuatro unidades agrícolas familiares, solo pretendo que a mi cliente se le reconozca el derecho que la ley le autoriza pedir y que en el caso concreto es igual al inmueble que se busca expropiar". (fl. 69).

II. EL FALLO RECURRIDO:

Surtido el trámite legal de la primera instancia, el Tribunal profirió sentencia declarando la expropiación a favor del Instituto Colombiano de

la Reforma Agraria INCORA, para lo cual el *a-quo* fundamentó su decisión en los siguientes términos:

"1. Se trata de asunto que por su naturaleza está atribuido conser (sic) en primera instancia al Tribunal Administrativo (D. 2288/89, art. 9o.). La demanda y sus anexos satisfacen las exigencias propias de esta clase de demandas y no se advierte causal que invalide lo actuado. El allanamiento a las pretensiones de la demanda hace procedente dictar sentencia de plano.

"2. El demandado solicita se le reconozca el derecho de exclusión. De este derecho puede hacerse (sic) uso en dos oportunidades, la primera dentro del término que tiene el propietario para contestar la oferta de compra del inmueble, y una segunda oportunidad se abre el propietario si dentro del término de traslado de la demanda se allana a las pretensiones de la demanda, derecho que debe ejercitar dentro del mismo término. En el caso presente la manifestación del propietario fue realizada en tiempo.

"3. Según las especificaciones del predio, determinadas en el trámite administrativo previo a la formulación de oferta de compra del fundo rural, en éste se determinaron cuatro unidades agrícolas familiares (UAF) calculadas con base en que cada una de ellas comprende un área productiva de 5.25 hectáreas, para el total de 21 hectáreas productivas del predio que pretende adquirir el INCORA.

"El área excluible es la equivalente a cuatro unidades agrícolas familiares, las que para cada caso define en su extensión el INCORA. Pero no siempre es posible ejercitar el derecho de exclusión, pues según lo establece la legislación agraria ello sólo es posible cuando en el predio se determinan más de cuatro (4) Unidades Agrícolas Familiares. Así el artículo 56 de la Ley 135/61, dice en la parte final de su inciso primero: '... Si el Instituto insiste en adquirir la totalidad del bien, el propietario tendrá derecho a que se excluya de la negociación una extensión equivalente a cuatro (4) unidades agrícolas familiares de las determinadas para el predio, conforme a las disposiciones de esta ley, *si el inmueble excediera de dicha superficie ...*'. Esta misma regla la reitera el decreto reglamentario 2107/88 al definir en el inciso primero del artículo 26: '... La exclusión es el derecho de todo propietario que transfiere íntegramente un predio rural al INCORA en desarrollo de los programas de reforma agraria para reservarse una extensión del fondo equivalente a cuatro (4) unidades agrícolas familiares determinadas para el predio, *si el inmueble excediera de dicha superficie ...*'.

"4. Como ya se anotó, si hay allanamiento a la demanda el derecho de exclusión puede ejercitarse dentro del término de traslado de la misma,

pero la solicitud de exclusión debe hacerse según el artículo 46 del decreto 2107/88 'conforme a las reglas de este decreto'. Entre tales reglas se encuentra la de que 'El propietario que ejerza el derecho de exclusión deberá acompañar a su solicitud, si antes no lo ha hecho, una relación de los demás inmuebles que posea a título de propietario en la respectiva zona de reforma agraria o que pertenezcan a sociedades o comunidades de las cuales sea socio o comunero, con indicación de su ubicación, área, títulos de adquisición y aportar el certificado de registro respectivo ...'. (Art. 27 inc. 2o.).

"5. Dos circunstancias impiden que en este caso pueda reconocerse el derecho de exclusión impetrado. Una que en el predio se determinaron solo cuatro unidades familiares agrícolas. Otra no haberse presentado la relación de los otros inmuebles que en la zona posea el demandado, relación que en caso de no poseer otros predios expresará tal hecho, sin que sea posible al guardar silencio sobre este punto en la solicitud.

"6. El allanamiento a la demanda hace procedente dictar sentencia que decrete la expropiación, accediendo a las pretensiones del actor. Otra consecuencia de tal conducta del demandado es la de exonerarlo de condenación en costas. Se tomarán en esta sentencia las decisiones de que trata el inciso final del artículo 54 del decreto 2107/88, teniendo en cuenta que el INCORA no ha solicitado la entrega anticipada del inmueble". (fls. 74 a 76).

Inconforme con la decisión tomada por el Tribunal, el apoderado del señor José de Jesús Cardona Echeverry, interpuso recurso de apelación y fundamentó su recurso en los siguientes términos:

"Se fundamenta la sentencia, en gran síntesis que existen 'Dos circunstancias impiden (sic) que en este caso pueda reconocerse el derecho de exclusión impetrado. Una que en el predio se determinaron solo cuatro unidades familiares agrícolas. Otra no haberse presentado la relación de los otros inmuebles que en la zona posea el demandado, relación que en caso de no poseer otros predios expresará tal hecho, sin que sea posible al guardar silencio sobre este punto en la solicitud".

"Pretendo ser claro cuando me refiero a que mi patrocinado si puede ejercer el derecho de exclusión y a ello se puede acceder a pesar de que sean nada más cuatro unidades Agrícolas Familiares, porque el Instituto nunca señaló las consideraciones de orden técnico o de conveniencia que impedirían el reconocimiento del derecho de exclusión que impusieron la reducción del área excluible. (art. 28 Decreto 2107 de 1988). Además si se puede reconocer el derecho de exclusión aunque no se haya presentado la relación de inmuebles y aún si la manifestación expresa porque el artículo citado por el tribunal en ningún momento

exige o manifiesta que no se pueda guardar silencio dejando ese vacío que me permite guardar silencio cuando como el caso que nos ocupa, mi cliente no posea más inmuebles dentro de esa zona". (fls. 82 y 83).

En el momento procesal de segunda instancia el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria – INCORA, presentó su alegato de conclusión a fls. 88 a 91, en el cual solicita confirmar en su totalidad la sentencia apelada.

La señora Fiscal Segunda de la Corporación en su vista de fondo comparte los fundamentos del Tribunal y por lo tanto solicita sea confirmada la sentencia objeto de apelación.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Como la inconformidad de la parte demandada, hoy apelante, radica en la circunstancia de no haberle reconocido la sentencia el DERECHO DE EXCLUSION, puesto que según el recurrente se dan los presupuestos legales para ello, la Sala, para decidir, toma en cuenta lo siguiente:

a) Aunque la parte demandada no aceptó en oportunidad, la oferta de compra que el INCORA le presentó con respecto al inmueble MERLANDIA o LA MERLANDA, éste es dentro del término de que gozaba el propietario para contestar la oferta de compra del inmueble, el inciso final del Art. 26 del Decreto 2107 de 1988, también permite hacer uso del referido derecho si el particular "... se allane en oportunidad a las pretensiones de la demanda de expropiación", circunstancia que efectivamente tuvo ocurrencia, de manera expresa, al dar respuesta a la demanda con la siguiente expresión: "..., allanándome a la demanda y solicitando el beneficio de exclusión". (fl. 68). Es decir, que desde el punto de vista del ejercicio oportuno de la opción para solicitar DERECHO DE EXCLUSION, el demandado obró conforme a derecho.

b) Ocurre sinembargo, que el DERECHO DE EXCLUSION, no opera de manera automática por la sola circunstancia de haberse ejercitado en oportunidad legal para ello, dado que al decir del art. 26 del Decreto antes citado, dicho fenómeno jurídico consiste en el derecho que todo propietario que transfiere íntegramente un predio rural al INCORA en desarrollo de los programas de reforma agraria, "... para reservarse una extensión del fundo equivalente a cuatro (4) unidades agrícolas familiares determinadas para el predio, *si el inmueble excediere de dicha superficie*". (Subraya la Sala).

c) De autos brota que el inmueble MERLANDIA O LA MERLANDA solamente tiene un área ligeramente superior a veintiuna (21) hectáreas y que en él se determinaron cuatro (4) unidades agrícolas familiares (UAF) calculadas con base en un área de 5,25 hectáreas para cada una de ellas. Esta realidad sobre el área total del inmueble materia de expropiación y las uni-

SECCION TERCERA

dades agrícolas familiares diseñadas en él, impiden la prosperidad del recurso de apelación, habida cuenta de que el fundo litigado no excede a cuatro (4) unidades agrícolas familiares y que el INCORA, por consiguiente, para el cumplimiento de su función, requiere de la totalidad del mismo. No debe perderse de vista que el aparente conflicto entre lo que necesita el INCORA, para el cumplimiento de su función administrativa y social, frente al DERECHO DE EXCLUSION consagrado en beneficio del propietario por el art. 26 del Decreto 2107 de 1988, se obvia fácilmente en favor del primero, desde luego que cualquiera otra solución haría nugatoria la política agraria del país y su base.

Por lo expuesto, habrá de confirmarse la sentencia materia de apelación, esto es la de 10 de diciembre de 1990, proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda, dado que se encuentra ajustada a derecho y particularmente a lo que sobre el DERECHO DE EXCLUSION prescriben la Ley 30 de 1988 y el Decreto 2107 de 1988.

En consecuencia, 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:

CONFIRMASE, en todas sus partes, la sentencia apelada, o sea la del 10 de diciembre de 1990, proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda.

COPIESE, NOTIFIQUESE y DEVUELVA al expediente al Tribunal de origen.

Esta providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de fecha, 24 de octubre de 1991.

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

FALLA DEL SERVICIO DEL EJERCITO—Inexistencia/RESPONSABILIDAD SOCIAL—Improcedencia

La falla del servicio no puede predicarse de un Estado ideal. Para hablar de ella hay que tener en cuenta la realidad misma del país, el desarrollo, la amplitud y la cobertura de los servicios públicos. En otras palabras, la infraestructura de los mismos. En el *sub-lite* la falla del servicio ni siquiera se hace consistir en el hecho de que algún miembro de las Fuerzas Armadas hubiera dejado el artefacto explosivo abandonado, sino en el hecho puro y simple, de que unos particulares no tenían por qué tener en su poder esa granada ya que ésta era del uso privativo de la autoridad militar.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Santafé de Bogotá, D.C. octubre veinticinco (25) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Doctor Carlos Betancur Jaramillo.*

Referencia: Expediente Nro. 6680. Indemnizaciones. Actor: Helí de Jesús Cardona Ríos y Otros.

Procede la sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de marzo 8 de 1991, mediante la cual el tribunal administrativo de Risaralda denegó las súplicas de la demanda.

En dicho escrito, presentado el 20 de octubre de 1989, la parte actora pidió:

“Que se declare y condene a lo siguiente:

“1) LA NACION COLOMBIANA –MINISTERIO DE DEFENSA– es administrativamente responsable de la muerte de los menores LUIS GUILLERMO CARDONA GUEVARA, CLAUDIA PATRICIA CARDONA GUEVARA, LUZ ELENA HERNANDEZ DIAZ y MARIA ISABEL GALLEGO OSORIO, ocurrida el día 27 de noviembre de 1988 en el Municipio de La Virginia –Risaralda–, al estallar una granada de uso privativo de las Fuerzas Militares que se encontraba abandonada en la vía pública, y de los Perjuicios Morales derivados de ella.

“2) Como consecuencia de la responsabilidad administrativa declarada, condénase a LA NACION COLOMBIANA –MINISTERIO DE DEFENSA– a pagar los Perjuicios Morales derivados del parentesco, de la afeción y dolor y de las especialísimas circunstancias de la muerte cuya responsabilidad se declaró así:

“A) HELI DE JESUS CARDONA RIOS –Padre– MARIA INES GUEVARA –Madre– CARLOS ALBERTO CARDONA GUEVARA –Hermano– MARIURY MARITZA CARDONA GUEVARA –Hermana– LEIDI JOHANNA CARDONA GUEVARA –Hermana–.

PABLO EMILIO HERNANDEZ RIOS –Padre– LUZ DARY DIAZ LOPEZ –Madre– MARTHA CLEMENCIA HERNANDEZ DIAZ –Hermana– JAMES URIEL HERNANDEZ DIAZ –Hermano– MAURICIO HERNANDEZ DIAZ –Hermano– PAULA ANDREA HERNANDEZ DIAZ –Hermana– YOHON JAIRO HERNANDEZ DIAZ –Hermano– JOSE RODOLFO HERNANDEZ DIAZ –Hermano–.

JOSE GUSTAVO GALLEGO –Padre– MARIA YOLANDA OSORIO –Madre– FREDERMAN PARRA OSORIO –Hermano– SULAY PARRA OSORIO –Hermana– JENY PARRA OSORIO –Hermana–.

“En la suma de UN MIL (1.000) GRAMOS ORO PARA CADA UNO, liquidados al precio de dicho metal en la fecha de ejecutoria de la sentencia.

“INTERESES: una vez liquidadas las condenas por los Perjuicios Morales, las sumas fijadas causarán intereses comerciales corrientes dentro de los seis meses siguientes a la ejecutoria del proveído correspondiente; de allí en adelante serán moratorios.

“3) LA NACION COLOMBIANA –Ministerio de Defensa– deberá cumplir estrictamente con lo prescrito en los artículo 176 y 177 del C.C.A.”.

Se narraron en la demanda, en síntesis, los siguientes hechos:

Que el 27 de noviembre de 1988, en el municipio de La Virginia (Risalda), perdieron la vida los menores Luis Guillermo y Claudia Patricia Cardona Guevara, Luz Elena Hernández Díaz y María Isabel Gallégo O.

Que la muerte se produjo por el estallido de una granada, de uso privativo de las fuerzas militares, que se hallaba abandonada en una vía pública de la citada localidad.

El tribunal, luego del trámite de la primera instancia, denegó las súplicas de la demanda. Para el efecto, en uno de los apartes del fallo, sostuvo:

“El primer elemento no quedó demostrado, porque si bien es cierto que el art. 2o. del Dto. 1663 de 1979 afirma que sólo el Gobierno Nacional puede introducir, fabricar y poseer armas y municiones de guerra, el art. 10 informa que también se consideran armas de uso privativo de las Fuerzas Militares, las granadas explosivas y de gas de todo tipo u otras de similares características, así como los elementos y accesorios necesarios para su empleo, también es cierto que grupos de narco traficantes, sicarios, paramilitares, guerrilleros y la delincuencia común poseen dichas armas o artefactos, con los cuales le han causado al país gravísimos daños, empezando por el bien máspreciado como es la vida de cualquier ser humano, y ante esta situación de barbarie, de la ley del más fuerte, o de la selva, el Estado ha sido impotente para ponerle freno a la violencia de diferentes matices que nos azota permanentemente. Además, existe la prueba documental y testimonial de que el artefacto que resultó ser una granada y horas después causó la muerte a varios niños, fue arrojado por un particular a quien era apodado “El Pollo”. Sabido es que la entidad demandada se exonera de toda responsabilidad mediante la prueba de la fuerza mayor, culpa exclusiva de la víctima, cuando el hecho dañoso es imputable a un tercero, circunstancia que quedó demostrada en el proceso, o culpa de la víctima.

“Al no presentarse una falla en el servicio en el caso estudiado, no se hace necesario el análisis de los otros dos elementos que configuran la responsabilidad del Estado. Igualmente no se hace alusión a las posibilidades de responsabilidad del Estado expuestas en el memorial de conclusión de la parte actora, por las razones anteriores. Al Estado no se le puede exigir en tiempos de paz y menos en las circunstancias que vive el país que pueda estar pendiente de cada una de las acciones criminales de los delincuentes con el fin de evitar las fatales consecuencias de ellas, por el contrario se debe tener en cuenta la situación de orden público que vive el país, los medios de que dispone, el número de sus agentes, para poderle exigir el cumplimiento de sus deberes”.

Inconforme la parte actora con lo decidido, interpuso apelación. Cumplido el trámite del recurso, es oportuno decidir. Para ello, se considera:

Para la señora fiscal segunda de la corporación, la sentencia merece ser confirmada, por cuanto en el presente proceso no pudo demostrarse la falla del servicio. De esa vista fiscal de 26 de agosto de 1991 que aparece a folios 177 y siguientes, se destaca el siguiente aparte:

“Para dilucidar si existe o no, responsabilidad del Estado en la causación del hecho que nos ocupa, es básico establecer la plena identidad del artefacto explosivo que ocasionó la muerte de los menores mencionados. No obstante ser un hecho cierto e incontrovertible que éstos fallecieron a consecuencia del estallido de un artefacto explosivo, que según las apariencias y deducciones extractadas del caudal probatorio era una granada, en el expediente no obra documento, constancia o dictamen pericial que permite establecer con certeza que el referido elemento expositivo hubiese sido una granada. Sustento de lo anotado son entre otras, las siguientes pruebas:

“a) El oficio No. 299 (fl. 105) procedente de la Dirección Seccional de Instrucción Criminal, que atendió la petición formulada ante dicho despacho para que se remitiera copia del estudio o dictamen técnico-legal realizado sobre las granadas o fragmentos de las mismas, causantes de las muertes de las víctimas, oficio mediante el cual se informa que no hay dictamen o similar al respecto, pues en el curso de las diligencias preliminares adelantadas por tales hechos, no se pusieron a disposición para el respectivo experticio, elementos sobre los cuales se solicitara emitir dictamen alguno.

“b) Los testimonios recepcionados, los que coinciden al afirmar que en horas de la madrugada hubo un abaleo entre particulares y que se presume en consecuencia, que el objeto hallado por los niños y que estalló causándoles la muerte, debió de ser una granada dejada allí por los protagonistas del episodio narrado, versiones que se basan en la presunción, no en la percepción directa, excepto el testimonio de una de las menores que se salvó de la tragedia quien manifestó que habían encontrado una “cosa que parecía una jarrita”, con la cual sus amiguitos se quedaron jugando y ella siguió a su residencia.

“c) Según las constancias obrantes en el expediente, desde hacía aproximadamente cuatro años, en esa región no habían acantonado tropas contraguerrilla que son las que portan dentro de su arsenal, material bélico como las granadas.

“d) En el fallo de primera instancia (fl. 142) el *a-quo* hace referencia a algunas piezas probatorias extractadas del proceso penal allegado al expediente, así: “BERNARDO YEPES OSPINA –Alias “El Pollo” ... dicen que en el atentado el muchacho que me disparó tiró una granada la cual no estalló por la mañana, pero a mí me pareció que él se agachó y tiró como una piedra”.

“Advierte esta Agencia Fiscal que el párrafo anteriormente transcrito, que hace parte del fallo de instancia y otras pruebas alusivas a elementos de juicio básicos para un análisis ajustado a la realidad probatoria, tales como las diligencias de necropsia y levantamiento de los cadáveres, no obran en el expediente sino tan sólo se enuncian en el fallo y en el libelo demandatorio como piezas integrantes del cuaderno No. 2, anexo que no fue posible revisar por no aparecer en el expediente. Cabe anotar que a folio 171 obra la nota remisoría del Tribunal, en la cual consta el envío de un sólo cuaderno con 170 folios, siendo conveniente, en criterio de la Fiscalía, establecer la existencia del segundo cuaderno”.

Por su lado, la parte actora en un extenso y bien razonado escrito critica la decisión del *a-quo* e insiste en la prosperidad de las pretensiones formuladas en la demanda (a folios 152 y siguientes).

Para la sala la sentencia deberá mantenerse, por cuanto se ajusta a la realidad procesal y probatoria.

Resultó bien probado que cuando los delincuentes ejecutaron el acto punible dejaron abandonado el artefacto explosivo en el lugar de los acontecimientos y que las víctimas inocentes, al jugar con él, causaron su explotación. Sobre este extremo no existe discusión alguna. Y el análisis probatorio efectuado por el tribunal no merece objeción tampoco. Además, el fallo deberá mantenerse porque acata la jurisprudencia de la sala elaborada en torno al alcance relativo que presenta la falla del servicio.

Se insiste en este carácter porque la falla del servicio no puede predicarse de un Estado ideal. Para hablar de ella hay que tener en cuenta la realidad misma del país, el desarrollo, la amplitud y la cobertura de los servicios públicos. En otras palabras, la infraestructura de los mismos.

Por eso es fácil pensar que no puede tener la misma extensión la tesis en un país desarrollado que en uno como el nuestro que apenas está en vía de desarrollo.

La idea no es nueva para la sala. Así en múltiples oportunidades ha dado a entender ese alcance relativo o limitado que tiene. Al respecto puede citarse el fallo de agosto 4 de 1988 (Proceso 5125 María Elvira Hernández) del que fue ponente el señor Consejero Uribe Acosta, en el cual se anotó:

“E) Es verdad que dentro del proceso se demostró que el día 27-01-83 la policía tuvo informe sobre el secuestro de los señores LIBARDO Y JORGE DUARTE NAVIA, hecho que ocurrió un mes largo después de que se levantara el operativo de vigilancia, que en diciembre de 1982 se les prestó. Pero sobre esta circunstancia particular del caso y, la muerte posterior de los referidos ciudadanos, no puede montarse la falla

del servicio, pues ésta, como lo enseña Jean Rivero, "... es un incumplimiento en el funcionamiento normal del servicio, que incumbe a uno o varios agentes de la administración, pero no imputable a ellos personalmente ..." (Derecho Administrativo. Novena Edición, Caracas 1984 pág. 303). Ese incumplimiento, prosigue el ilustre tratadista, debe examinarse a la luz del nivel medio que se espera del servicio, "... variable según su misión y según las circunstancias. ...", estructurándose la falla, cuando éste se presta por debajo de ese nivel. Por todo ello, concluye, el juez debe apreciarla sin referenciar a una norma abstracta, pero sí preguntándose "*... lo que en ese caso debía esperarse del servicio, teniendo en cuenta de la dificultad mas o menos grande de su misión, de las circunstancias de tiempo (períodos de paz, momentos de crisis), de lugar, de los recursos de que disponía el servicio en personal y en material, etc. ... De ello resulta que LA NOCION DE FALTA DE SERVICIO TIENE UN CARACTER RELATIVO, PUDIENDO EL MISMO HECHO SEGUN LAS CIRCUNSTANCIAS, SER REPUTADO COMO CULPOSO O COMO NO CULPOSO*". (Obra citada, págs. 304 y ss.ss.) (Subrayas de la Sala).

"Dentro del anterior marco doctrinario, la Sala concluye que, en el caso en comento, la Policía Nacional dentro de las limitaciones que tenía en personal, sí prestó la protección, que le era posible brindar, a los hermanos Libardo y Jorge Duarte Navia, no sin dejar de reconocer que sería reconfortante que todas las ciudades, pueblos y veredas de Colombia estuvieran vigilados por fuerzas robustas en el número y bien dotadas, para hacerle frente al delito. Ello, infortunadamente, no es posible, por las limitaciones que produce la pobreza y porque existe conciencia ciudadana en el sentido de que se impone atender primero las necesidades que ella genera en otros frentes, como el de la salud, la educación, etc. La realidad económica y social que vive el país, determina al sentenciador a estudiar, valorar y estructurar la falla del servicio, en casos como el presente, con la filosofía ya expuesta por el Profesor Rivero, esto es, indagando primero, qué podía esperarse, razonablemente, de él. Si en un poblado de la patria sólo existen ocho agentes de la policía, bajo el comando de un Sub-Oficial, no se puede pretender que la cuarta parte de ellos se dedique, en forma permanente y exclusiva, a vigilar el área geográfica donde una familia está amenazada, olvidando que en otros sitios, del mismo poblado, otras gentes también corren la misma suerte. Una política de "exclusivismo" y de "privilegio" en esta materia no es de recibo a la luz de la lógica de lo razonable, como tampoco lo es, la que pretende que, en un medio sub-desarrollado, la autoridad actúe contra el delito, como lo hace, la que goza de los medios más modernos, en los países desarrollados. A la Nación tampoco se le puede pedir que haga lo imposible, pues también sufre las consecuencias que genera la pobreza, y al juez de lo contencioso administrativo no puede demandársele que acepte, que ésta, es perse una falla del servicio,

para condenar al pago de los daños que la pobreza misma genera. Si a esta meta se llegara, no habría con qué pagar las sentencias condenatorias, por sustracción de materia”.

La doctrina también comparte este enfoque. A este respecto el profesor Rivero en su obra Derecho Administrativo (Edición Universidad Central de Venezuela), también citado en el fallo, anota:

“B. Carácter concreto de la falta de servicio. El juez, para apreciarla, no se refiere a una norma abstracta; para decidir, en cada especie, si hay falta o no, él se pregunta, lo que en ese caso debía esperarse del servicio, teniendo cuenta de la dificultad más o menos grande de su misión, de las circunstancias de tiempo (períodos de paz, o momentos de crisis), de lugar, de los recursos de que disponía el servicio en personal y en material etc.

“De ello resulta que la noción de falta de servicio tiene un carácter relativo, pudiendo el mismo hecho, según las circunstancias, ser reputado como culposo o como no culposo”.

Y el profesor García de Enterría Desarrolla la misma idea cuando escribe en su curso de Derecho Administrativo (Tomo II, Civitas Pág. 350):

“Como más atrás notábamos, para que el daño se impute a la Administración no es necesario localizar el agente concreto que lo haya causado. Puede tratarse —y así ocurre con frecuencia— de daños anónimos e impersonales, no atribuibles a persona física alguna, sino a la organización en cuanto tal. La titularidad de esa organización o servicio justifica por sí sola la imputación de los mismos a la Administración, tanto si ese servicio ha funcionado mal (*culpa in committendo* o por acción positiva), como si no ha funcionado (*culpa in ommittendo*, abstenciones cuando existe un deber funcional de actuar), o si lo ha hecho defectuosamente (falta al deber de diligencia funcional, deber con base en el art. 103-1 de la Constitución), ya que todos esos supuestos quedan ampliamente cubiertos por la expresión que la Ley utiliza (funcionamiento anormal). A propósito de ella, conviene subrayar que el hecho de que la Ley haya objetivado la anormalidad haciendo de ésta un concepto jurídico indeterminado cuya concreción se remite a los standar de rendimiento medio del servicio de que se trate, significa que en su estimación entran factores variables en cada época según el grado de sensibilidad social y de desarrollo efectivo de los servicios públicos”.

Observa la sala frente al caso concreto que la parte demandante fundamenta su demanda en un Estado ideal. Teóricamente podría decirse que tiene razón y desde ese punto de vista el alegato es excelente. Pero el enfo-

que que hace permite su conclusión más a la luz de la sociología jurídica que del derecho mismo.

En el plano ideal el Estado debería responder por toda muerte violenta acaecida en el territorio nacional (él tiene el deber de proteger su vida); siempre que muriera una persona por falla de asistencia médica; por los niños que se quedan sin escuela y entran a la mendicidad; por todos los casos de inanición; por las epidemias no contrarrestadas; por todos los daños producidos por el terrorismo; por la caída de un avión en zona carente de radioayuda; por todos los derrumbes de las carreteras; por la falta de acueductos, por la contaminación de los ríos ...

Los ejemplos se podían multiplicar por miles. Pero, ¿podría el patrimonio estatal hacer frente a todas esas demandas cuando sus servicios públicos apenas si logran tener una pequeña cobertura? ¿Sería razonable permitir esa responsabilidad irrestricta y en todos los casos, con desmedro del mantenimiento, en los límites propios de nuestra realidad económica y social, de los modestos servicios actuales? ¿No sería peor el remedio que la enfermedad?

Tan en el plano ideal se sitúa la parte demandante que la falla del servicio ni siquiera la hace consistir en el hecho de que algún miembro de las fuerzas armadas hubiera dejado el artefacto explosivo abandonado, sino en el hecho, puro y simple, de que unos particulares no tenían porqué tener en su poder esa granada ya que ésta era del uso privativo de la autoridad militar.

Tan cierta es esta afirmación que el recurrente al glosar la sentencia en primer término, anota: "No fue entonces a una falla del servicio dibujable materialmente" a la cual aludimos en la sentencia. *Fue a esa otra, a la general, ideal, que penetra dentro del amplio estadio o espectro de la función estatal, de sus obligaciones constitucionales y legales, plasmadas en el artículo 16 de la Carta Magna, admirablemente desarrollada por nuestras jurisprudencias constitucional y contencioso administrativa*".

La cita precedente permite entender porqué el asunto no se haya enfocado en la forma tradicional analizada en muchos fallos, en los cuales se estudia la responsabilidad del Estado por el abandono de artefactos explosivos por parte de las fuerzas armadas, y se decide con base en la tesis tradicional de la falla del servicio concreta y por un hecho fácilmente identificable: que en el lugar estuvo el ejército o la policía haciendo prácticas y abandonó el lugar sin limpiar previamente el terreno de artefactos explosivos que quedaron sin estallar.

También el párrafo transcrito conduciría a afirmar que siempre que se produzca un daño el Estado deberá responder patrimonialmente. Tomada la tesis en forma tan amplia, la obligación contenida en el artículo 16 de la

Constitución anterior (hoy inciso-2o. del artículo 2o. de la nueva) se convertiría en una obligación de resultado que impondría el resarcimiento en todos los casos con la simple prueba del daño. Así, con este enfoque, ningún Estado, por fuerte que fuera, podría subsistir patrimonialmente.

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:

Confírmase en todas sus partes la sentencia de marzo 8 de 1991, dictada por el tribunal administrativo de Risaralda.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVA.

Esta providencia fue aprobada por la sala en su sesión celebrada el día 24 de octubre de 1991.

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

FALLA DEL SERVICIO PRESUNTA

La obligación de protección a la vida por las autoridades, incluidos sus propios agentes, que es, en principio, de medio, se excepciona en algunos eventos para volverla de resultado. Así, frente a las personas detenidas por la autoridad o sometidas a conscripción obligatoria o a instrucción militar, mientras permanezcan en los lugares de reclusión o en los centros de enseñanza, la administración deberá responder por la vida e integridad de las mismas y devolverlas, luego de esa detención o instrucción, en condiciones de salud similares a las que tenían cuando ingresaron. Si no se hace así, se presumirá la falla del servicio. Lo que dice de los detenidos y conscriptos puede aplicarse a los miembros de la autoridad que vivan en los cuarteles, puestos de policía o instalaciones militares destinadas a tal fin.

CULPA DE LA VICTIMA—Inexistencia/CARGA DE LA PRUEBA/INDICIO

La prueba de que la muerte del agente se debió a su propia acción (suicidio) le tocaba a la entidad demandada. Ésa era su excepción y tenía que demostrarla si quería resultar exonerada de responsabilidad. Exigir que al actor le incumbía demostrar también que el agente no se había suicidado es desconocer una regla elemental de carga probatoria. No puede olvidarse que la carga desde el punto de vista subjetivo está ligada a la posición que la parte asume dentro del proceso, ya que esta postura le fija, así sea en forma indirecta, a cada una, lo que debe probar si quiere obtener el derecho pretendido (parte actora) o exonerarse de la obligación de cumplir (parte demandada).

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Santafé de Bogotá, D.C. octubre veinticinco (25) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Doctor Carlos Betancur Jaramillo.*

Referencia: Expediente Nro. 6465. Indemnizaciones. Actor: Gildardo Arteaga García.

Procede la sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 21 de septiembre de 1990 mediante la cual el tribunal administrativo del Valle del Cauca denegó las súplicas de la demanda.

Súplicas que en el libelo presentado el 30 de junio de 1988 (a folios 25 vuelto) fueron formuladas de la siguiente manera:

“LA NACION (MINISTERIO DE DEFENSA —Policía Nacional), es responsable civilmente de todos los daños y perjuicios, tanto morales, como materiales, ocasionados a GILDARDO ARTEAGA GARCIA, MARIA FABIOLA MUÑOZ DE ARTEAGA, ALBERTO HUGO ARTEAGA MUÑOZ, mayores y vecinos de Quimbaya (Q); a los menores de edad JOHANA, LUZ MARY Y NIXON ARTEAGA MUÑOZ, representados por los dos primeros, quienes son sus padres legítimos; y a los ausentes mayores de edad, JAVIER DE JESUS, NIDIA ELENA Y WILSON DE JESUS ARTEAGA MUÑOZ, representados por el Sr. ALBERTO HUGO ARTEAGA MUÑOZ, quien ejerce a su favor el derecho de AGENCIA OFICIOSA, con la muerte violenta de que fue víctima el Sr. WILLIAM DE JESUS ARTEAGA MUÑOZ, hijo legítimo de los dos primeros y hermano legítimo de todos los restantes, en hechos sucedidos el día 8 de agosto de 1986 en el interior del Puesto de Policía de Paila Arriba, municipio de Sevilla (Valle), cuando miembros de la Policía Nacional de servicio en dicho lugar le ocasionaron la muerte al herirlo gravemente con disparos de arma de fuego, en una verdadera culpa anónima, constitutiva de falla en el servicio.

“SEGUNDA

CONDENASE a LA NACION (MINISTERIO DE DEFENSA —Policía Nacional) a pagar a GILDARDO ARTEAGA GARCIA, MARIA FABIOLA MUÑOZ DE ARTEAGA, ALBERTO HUGO ARTEAGA MUÑOZ, mayores y vecinos de Quimbaya (Q); a los menores JOHANA, LUZ MARY Y NIXON ARTEAGA MUÑOZ, representados por los dos primeros; y a JAVIER DE JESUS, NIDIA ELENA Y WILSON DE JESUS ARTEAGA MUÑOZ, ausentes por quienes se ejerce la AGENCIA OFICIOSA, por intermedio de su apoderado, todos los daños y

SECCION TERCERA

perjuicios, tanto morales como materiales, que se les ocasionaron con la muerte de WILLIAM DE JESUS ARTEAGA MUÑOZ conforme a la siguiente liquidación o a la que se demostrare en el proceso, así:

“a) VEINTE MILLONES DE PESOS (\$20.000.000.00) por concepto de lucro cesante, correspondiente a las sumas que el Sr. WILLIAM DE JESUS ARTEAGA MUÑOZ dejó de producir en razón de su muerte injusta y prematura y por todo el resto posible de vida que le quedaba en la actividad económica a que se dedicaba (Agente de la Policía Nacional). Habida cuenta de su edad al momento del insuceso (26 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, por gastos de funerales, diligencias judiciales, honorarios de abogado y, en fin, todos los gastos que se sobrevinieron con la muerte de WILLIAM DE JESUS ARTEAGA, conforme a lo que se demuestre en el proceso o en aplicación subsidiaria 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 aplicación del art. 106 del C. Penal, máxime cuando el hecho es cometido por los propios compañeros de armas de la Policía Nacional, que tienen la obligación constitucional de velar por la vida de los asociados, y con él se ha arrebatado 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”.

En la demanda, en síntesis, se narraron los siguientes hechos:

1) Que el señor William Arteaga Muñoz ingresó a la policía nacional en calidad de agente en el año de 1984.

2) Que el 8 de agosto de 1986, encontrándose en el puesto de policía de Paila Arriba en el Municipio de Sevilla, Valle, en ejercicio de su cargo, surgió una discusión entre los agentes que allí se encontraban al mando del Cabo Segundo Javier Chávez Castillo, discusión que concluyó en varias detonaciones de arma de fuego originándose la muerte del agente Arteaga Muñoz persona totalmente ajena a los hechos sucedidos.

3) Que tanto los agentes como el comandante del puesto alegaron ser inocentes, ya que no se habían dado cuenta de donde salió el tiro que causó la muerte a Arteaga M. “...

Cumplido el trámite de la primera instancia, el *a-quo* denegó las súplicas de la demanda. Para el efecto sostuvo:

“La jurisprudencia nacional reiteradamente ha establecido que la responsabilidad del Estado se estructura en tres pilares fundamentales que son:

“1.— Una falta o falla del servicio o de la Administración, retardo irregularidad, ineficacia o ausencia del servicio.

“2.— Un daño que implica la lesión o perturbación de un bien protegido por el derecho.

“3.— Una relación de causalidad entre la falta o falla de la administración y el daño.

“Estos requisitos deben demostrarse plenamente en el proceso, situación que en el presente caso no se da en su totalidad porque la falla del servicio expuesta en la demanda como uno de los requisitos fundamentales para condenar al Estado, carece de fundamento probatorio toda vez que no existe el elemento o los elementos suficientes que demuestren que los hechos desarrollados en la forma como lo expresa el demandante en su libelo, ocurrieron en las circunstancias allí narradas. Es así como al plenario se allegó tanto la investigación disciplinaria como las diligencias realizadas por la Procuraduría, averiguaciones que fueron archivadas por carencia de pruebas contra el presunto sindicado y las declaraciones allí recepcionadas conducen a conclusión bien diferente a cualquiera que indique la existencia de una falla en la prestación del servicio. El único testimonio recaudado en el desarrollo del proceso en esta jurisdicción es vago e impreciso, el deponente expresa que a él nada le consta porque se encontraba dormido y fue la detonación la que lo despertó. Solo un requisito se encuentra demostrado y es la muerte del señor WILLIAM ARTEAGA MUÑOZ como consecuencia de herida con arma de fuego sin haberse probado quién fue el autor de dicho acto y en qué circunstancias se produjo. Por lo tanto, al no haberse demostrado la falla en la prestación del servicio ya sea por acción o por omisión, el tercer requisito es decir el nexo causal tampoco tiene piso legal como lógica consecuencia de dicha inexistencia toda vez que ese daño probado es imposible imputárselo a una conducta o actuación administrativa de donde se deduce la imposibilidad de señalar al Estado como responsable”.

SECCION TERCERA

Descontenta la parte actora, interpuso apelación. Sustentó el recurso en el escrito que obra a folios 92 y siguientes.

Insiste el señor apoderado que el tribunal fue ligero y superficial en su análisis y que el expediente muestra unos puntos indiscutibles que permiten extraer la responsabilidad estatal por falla presunta.

Así, destaca:

“Existen tres puntos de gran importancia, que no están sometidos a discusión de ninguna naturaleza:

1o.— Que WILLIAM DE JESUS ARTEAGA fue muerto por acción de una pistola de propiedad del Cabo JAVIER CHAVEZ CASTILLO;

2o.— Que los hechos ocurrieron dentro de las instalaciones del Puesto de Policía de Paila Arriba, municipio de Sevilla (V); y

“3o.— Que absolutamente todo el personal que se encontraba dentro de esas instalaciones pertenecía a la Policía Nacional y se encontraba de servicio en el mencionado lugar”.

Además, el manejo de la prueba indiciaria permite concluir que sí se dio la falla del servicio y que la causal de exculpación (el suicidio de la víctima), no se demostró adecuadamente.

Cumplido el trámite de la segunda instancia, es oportuno decidir. Para ello, se considera:

Para la señora fiscal segunda de la Corporación, el fallo deberá confirmarse. De ese concepto, contenido en el escrito de 26 de junio de 1991 que opera a folios 115 y siguientes, se destaca:

“Estudiado el expediente esta Fiscalía procede a emitir el concepto solicitado.

“Observando lo contradictorio que resultan las conclusiones a que llegaron las partes en conflicto, este Despacho estudió con detenimiento las pruebas allegadas. Analizados los diferentes testimonios se tiene lo siguiente:

“El día de los hechos eran dos los agentes de turno: PARRA CARDONA y MAFLA DIAZ. La declaración del primero de ellos la podemos leer al folio 21 del C. 3 en apartes de la misma se dice: “Si recuerdo yo estaba haciendo primer turno como relevante de guardia y el Comandante era MAFLA DIAZ MERARDO DE JESUS, recibimos a las 01:00

horas del día 8 de agosto de 1986, cuando en el alojamiento donde dormía ARTEAGA se escuchó una detonación y en ese momento nos encontramos en la guardia, cuando salió de la parte de adentro teniéndose el estómago diciendo me maté, nosotros de inmediato procedimos a auxiliarlo ...”

“El agente MAFLA DIAZ quien tampoco vio lo ocurrido, afirma: “... siendo las 01:20 horas aproximadamente sonó una detonación y en el instante escuchamos los gritos del agente ARTEAGA, diciendo mi Cabo me maté ...”

“Los otros agentes que declaran estaban acostados, así pues que se limitan a decirnos que oyeron un disparo y cuando se levantaron, ya el occiso, el agente ARTEAGA MUÑOZ, estaba en la guardia herido. Nadie pudo ver el momento mismo de ser disparada el arma.

“Esta especial circunstancia es la que lleva al apelante a considerar, que ante la imposibilidad de la prueba, hay que admitir la responsabilidad del ente demandado, quien tenía la obligación de velar por la vida de sus agentes.

“Esta última afirmación que aparentemente puede ser cierta, en el presente caso pierde validez teniendo en cuenta que los hechos narrados en la demanda no fueron probados. Resulta muy distinto, y las consecuencias también lo son entre lo afirmado en la demanda y lo que se demostró realmente durante el trámite del proceso.

“Las declaraciones, que a juicio del recurrente no ofrecen credibilidad, deben ser atendidas, pues se encuentran respaldadas con otras pruebas. Así por ejemplo, en las diligencias de la Procuraduría encontramos consignado lo siguiente: “En la investigación penal que cursa en el Juzgado 3o. Superior de Tuluá, obra la prueba de guantelete, practicada al occiso ARTEAGA MUÑOZ, con resultados positivos en la mano derecha y negativos en la mano izquierda y los testimonios recaudados son en el mismo sentido de los allegados a la presente indagación, no encontrándose vinculada persona alguna a dicho proceso”. (folio 105 C. 2).

“El certificado de necropsia del agente WILIAM ARTEAGA, practicado por la oficina departamental de Medicina Legal anexo al folio 93 del cuaderno No. 3 señala que la herida fue del lado izquierdo, tal como lo afirman algunos declarantes.

“En relación con las deducciones que hace el apoderado de los actores sobre la trayectoria del proyectil, este Despacho no las comparte, pues no son más que sus propias interpretaciones, ya que nada impide creer que el disparo haya sido hecho por el propio agente ARTEAGA que era

diestro. Precisamente el hecho anterior hace suponer que fuera del lado izquierdo la herida.

“De todo lo anterior se puede concluir, que en el presente caso fue el propio agente ARTEAGA MUÑOZ quien se quitó la vida, constituyendo su conducta causal de exoneración de responsabilidad del ente demandado”.

Para la sala la sentencia tendrá que ser revocada, ya que el enfoque dado por el tribunal es un tanto simplista. Su análisis deja ver que no se probó la falla del servicio porque no se dieron dentro del proceso pruebas directas sobre la ocurrencia de los hechos.

Es de todos sabido que las autoridades tienen la obligación constitucional de velar por la vida, honra y bienes de las personas residentes en el país. Obligación que aunque no es de resultado, como regla general, sí le impone a esas autoridades poner todos los medios que están a su alcance para lograr que no se vulneren esos derechos, so pena de comprometer su responsabilidad por falla del servicio.

Pero si bien las autoridades están instituidas para cumplir tales cometidos frente a todos los residentes en el país, esa obligación de respetar la vida cobija también a los mismos agentes, los que, como es obvio, también merecen que se les respete la suya. En otros términos, frente a una autoridad pública, un agente de policía, por ejemplo, se da la relación tanto por activa como por pasiva. En la medida en que él debe proteger a los demás, merece la propia protección.

Esa obligación de protección a la vida que, como se dijo es, en principio, de medio, se excepciona en algunos eventos para volverla de resultado. Así, frente a las personas detenidas por la autoridad o sometidas a conscripción obligatoria o a instrucción militar, mientras permanezcan en los lugares de reclusión o en los centros de enseñanza, la administración deberá responder por la vida e integridad de las mismas y devolverlas, luego de esa detención o instrucción, en condiciones de salud similares a las que tenían cuando ingresaron. Si así no se hace se presumirá la falla del servicio y deberá responder por perjuicios causados a dichas personas o a sus damnificados. Sucede aquí algo similar a lo que se da frente a las mercancías que por obligación legal deben depositarse en bodegas oficiales.

En los demás casos que no sean de falla presunta, deberá comprobarse en forma adecuada esa falla del servicio. (Que este funcionó mal, no funcionó o funcionó tardíamente).

La jurisprudencia de la Corporación ha sido reiterada en aceptar las distintas formas de la falla y en definir cuándo la obligación de protección

es de medio y cuándo de resultado. Así, en sentencia de 16 de diciembre de 1988 esta misma sala (Proceso 5187. Ponente Carlos Betancur Jaramillo) sostuvo a ese último respecto:

“Frente al detenido la autoridad militar tenía una obligación de resultado: respetar su vida, su integridad personal y psíquica.

“No es un caso de depósito necesario, figura desafortunada utilizada por la sala en asunto similar fallado hace algunos años. No, es sólo el cumplimiento de un deber legal. Toda autoridad militar o de policía en su misión de reprimir la delincuencia debe capturar a las personas cuando sobre ellas pesa alguna sindicación. No nace con esa aprehensión una relación contractual para mantenerla con vida. Es una obligación legal, ligada a las garantías constitucionales mismas”.

Y lo que se dice sobre los detenidos y los concriptos puede aplicarse a los miembros de la autoridad que vivan en los cuarteles, puestos de policía o instalaciones militares destinadas a tal fin, como sucedió en el caso concreto.

El agente Arteaga M. vivía en el puesto de policía y precisamente cuando encontró la muerte, por un disparo de arma de fuego, pernoctaba en dicho puesto, acompañado sólo de otros agentes. Sobre este extremo no existe duda alguna, como tampoco existe sobre su presanidad anterior al hecho. Al respecto son contestes los testigos. La muerte del agente, en las circunstancias anotadas, pone en evidencia que falló el servicio de protección a su vida. Se dio así una falla presunta, solo desvirtuable, en principio, por fuerza mayor, culpa exclusiva de la víctima o el hecho de tercero.

De las causales indicadas la única alegada fue la culpa exclusiva de la víctima y por eso sobra entrar al análisis de las demás.

Insiste la parte demandada y afirman los testigos que el agente Arteaga se suicidó. Los agentes que en ese momento estaban en el puesto de policía son coincidentes en hacer tal manifestación.

Pues bien. Si se hubiera demostrado este hecho podría hablarse de una causal de exculpación evidente y no cabría hablar de responsabilidad del ente demandado. Pero el acervo probatorio no permite llegar a esa conclusión y menos permite concluir, como lo dan a entender la demandada, el *a-quo* y la fiscalía, *que como no se probó que Arteaga no se había suicidado, no resultó probada la falla del servicio.*

Con esto se le dio un manejo equivocado a la carga probatoria de las partes. Incumbíale a la actora demostrar que el agente, cuando halló su muerte por un disparo de arma de fuego, estaba dentro de su alojamiento en el puesto de policía, en compañía solo de otros agentes y que cuando ingresó a su alcoba estaba en buen estado de salud e ileso.

No tenía que demostrar más. En cambio, la prueba de que la muerte del agente se debió a su propia acción (suicidio) le tocaba a la entidad demandada. Esa era su excepción y tenía que demostrarla si quería resultar exonerada de responsabilidad. Exigir que al actor le incumbía demostrar también que el agente no se había suicidado es desconocer una regla elemental de carga probatoria; implica asimismo imponer a la actora la carga del hecho exceptivo y significa, en otras palabras, invertir dicha carga.

No puede olvidarse que la carga desde el punto de vista subjetivo está ligada a la posición que la parte asume dentro del proceso, ya que esta postura le fija, así sea en forma indirecta, a cada una, lo que debe probar si quiere obtener el derecho pretendido (parte actora) o exonerarse de la obligación de cumplir (parte demandada).

¿Resultó probado el suicidio del agente, única causal de exculpación alegada en el presente caso?

Para la sala la respuesta es negativa. Y del análisis probatorio de este extremo resulta con más veras la certidumbre de que el servicio funcionó mal y que causó un perjuicio a los damnificados, porque si Arteaga no se suicidó tuvo que haberlo matado uno de los agentes.

El hecho del no suicidio no resulta en el caso *sub-judice* de pruebas directas, sino de una serie de concatenada de indicios. Indicios que, dicho sea en honor a la verdad, fueron bastante bien analizados por la parte demandante en su alegato de sustentación del recurso.

Afirman los agentes testigos que oyeron el disparo y que al poco rato apareció Arteaga, que venía de su alojamiento, teniéndose el estómago y dijo: "Mi cabo, me maté".

AQUI ESTA EL PRIMER INDICIO EN CONTRA. No es lógico que quien se dispara, en las condiciones anotadas, y se cause una herida de naturaleza mortal, salga a informar verbalmente de su hecho a su superior. No es creíble que dada la gravedad de la herida haya tenido fuerzas y conciencia para dar ese "parte". Se confirma esto con la necropsia que detalla que la herida abdomino-torácica por arma de fuego, de *naturaleza mortal*, produjo lesión en los tejidos blandos y heridas en el diafragma, pulmón izquierdo, miocardio, pericardio y pleuras y médula espinal y fractura en la tercera vértebra dorsal.

SEGUNDO INDICIO EN CONTRA. La trayectoria del proyectil dentro del cuerpo del occiso.

Afirma la necropsia que la trayectoria del proyectil "fue de abajo para arriba de delante a atrás de izquierda a derecha y de fuera a dentro". (a folios 52 vuelto C. No. 2).

Pues bien. Esta trayectoria da a entender que el señor Arteaga M. no pudo ser su propio victimario, dado que una persona diestra no podía hacer tales torciones a su mano para producir un disparo con semejante dirección. Recuérdese que se afirma, aunque no existe el documento correspondiente que lo pruebe, que el guantelete de parafina que se le hizo dio positivo en su mano derecha. Pero, lo que es peor aun, ni siquiera para una persona que manejara su mano izquierda sería creíble un disparo de esas características.

TERCER INDICIO. El arma homicida no fue la de dotación oficial que tenía el agente Arteaga, sino precisamente la pistola de propiedad privada del Cabo Segundo Javier Chaves Castillo, quien, según algunos testigos de oídas, fue el agente homicida. ¿Por qué no utilizó su arma de dotación? ¿Qué fundamento existe para creer que Arteaga antes de morir fue al alojamiento de Chavez para tomar el arma homicida? ¿Por qué Chavez tenía esa pistola, cuando los reglamentos del servicio no se lo permitían?

CUARTO INDICIO. Dada la confusión creada por los hechos y las distintas versiones, ¿por qué no se les practicó la prueba del guantelete a los demás agentes?

QUINTO INDICIO. ¿Por qué no quedaron en la cama donde se dice dormía Arteaga huellas de sangre?

SEXTO INDICIO. ¿Por qué nadie afirma si Arteaga, antes de los hechos estaba nervioso o manifestaba un estado especial que hiciera presumir lo que pensaba hacer con su vida?

SEPTIMO INDICIO. ¿Por qué nadie habla de la embriaguez de Chavez y sí de la de Arteaga?

En fin, se podrían citar otros indicios que pondrían aun más de presente que la hipótesis del suicidio fue una coartada mal concebida y peor probada.

El hecho de la muerte causó perjuicios a los padres de William Arteaga Muñoz, señores Gildardo Arteaga García y María Fabiola Muñoz de Arteaga. Como no se probó que estos dependieran económicamente de su hijo o que éste les ayudara para su subsistencia, no se hará condena alguna por perjuicios materiales. Al respecto no existe una sola prueba de este extremo.

En cuanto a perjuicios morales, se les reconocerá a las citadas personas el equivalente en pesos de 1.000 gramos de oro puro para cada una, cantidad que se estima como el máximo posible para indemnizar el *pretium doloris*.

En relación con los hermanos de la víctima ninguna condena se podrá imponer por carencia absoluta de pruebas. No se probó que todos o algunos

SECCION TERCERA

dependieran económicamente de lo que ganaba William, para imponer resarcimiento por perjuicios materiales. Ni tampoco se probó (no bastaba la prueba del parentesco) que entre los hermanos existió mutua ayuda, comprensión y cariño, para poder hablar de perjuicios morales.

Por lo expuesto y en desacuerdo 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 21 de septiembre de 1990, dictada por el tribunal administrativo del Valle del Cauca. En consecuencia:

a) Declárase responsable a la Nación Colombiana (Ministerio de Defensa —Policía Nacional—) de la muerte del señor William de Jesús Arteaga Muñoz, hijo legítimo del señor Gildardo Arteaga García y de la señora María Fabiola Muñoz de Arteaga.

b) En consecuencia condénasele a pagar, por concepto de perjuicios morales, en concreto, el equivalente en pesos colombianos de a 1.000 gramos de oro puro a Gildardo Arteaga García y María Fabiola Muñoz de Arteaga. El valor de gramo oro deberá certificarlo el Banco de la República a la fecha de ejecutoria de este fallo.

c) Deniéganse todas las demás súplicas de la demanda.

d) El fallo deberá cumplirse dentro de los términos y en la forma prevista en los artículos 176 y 177 del C.C.A., con los intereses de ley.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVA.

Esta providencia fue aprobada por la sala en su sesión celebrada el día 24 de octubre de 1991.

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

INDEMNIZACION DE PERJUICIOS—Titularidad/HIJO EXTRAMATRIMONIAL/CONCUBINATO

En juicios de responsabilidad extracontractual, lo que se debe probar siempre es el hecho de ser damnificada la persona (porque el hecho perjudicial afectó sus condiciones normales de subsistencia, bien en su esfera patrimonial o moral) y no su carácter de heredera. En el *sub-lite* no se probó adecuadamente que todos los demandantes que se presentaron a juicio como hijos extramatrimoniales acreditaron tener ese carácter; pero el acervo probatorio permite inferir que tales personas sí tenían el carácter de damnificadas. Igualmente resultó probado el carácter de damnificado del concubino. Esta afirmación no implica en forma alguna la declaración judicial del concubinato, porque esto compete a los jueces de familia, pero sí permite inferir que la tragedia de la señora afectó a su compañero permanente, con quien vivió maritalmente por varios lustros, en su esfera afectiva.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Santafé de Bogotá, D.C. noviembre primero (1o.) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Doctor Carlos Betancur Jaramillo.*

Referencia: Expediente Nro. 6469. Indemnizaciones. Actor: Ferney Londoño Gaviria y Otros.

Procede la sala a decidir el grado de consulta de la sentencia de 3 de octubre de 1990, dictada por el tribunal administrativo del Valle del Cauca, mediante la cual se dispuso:

SECCION TERCERA

"1. DECLARASE A LA NACION —MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL— POLICIA NACIONAL, administrativamente responsable de la muerte de la señora Leonor Gaviria Guarnizo, ocurrida en las circunstancias que refieren los autos. En consecuencia, condénase en concreto a la entidad demandada a pagar a los demandantes por concepto de perjuicios, en moneda de curso legal, los siguientes valores:

"1o.) A HENRY LONDOÑO GARCIA, un mil (1.000) gramos de oro, según lo certifique el Banco de la República.

"2o.) A HUGO FERNANDO, FERNEY, ANCIZAR Y JAIME LONDOÑO GAVIRIA, setecientos (700) gramos de oro a cada uno, según lo certifique el Banco de la República, a la fecha de ejecutoria de la sentencia.

"2o.) Para el cumplimiento de esta condena dése aplicación a lo previsto en los Artículos 177 y 178 del Código C. Administrativo.

"3o.) CONSULTESE este fallo con el Superior, si no fuere apelado".

En la demanda, presentada el 12 de julio de 1989, se narraron, en síntesis, los siguientes hechos:

1) Que el día 3 de julio de 1988, agentes de la policía que hacían un retén en la calle 55 con la carrera 53, en el área urbana de Sevilla (Valle), dispararon contra el vehículo en que viajaba la señora Leonor Gaviria Guarnizo, con su compañero permanente y padre de sus cuatro hijos, y le causaron la muerte.

2) Que el causante de la tragedia fue el agente Arnulfo González Marín, quien disparó su revólver de dotación oficial.

3) Que hecha la investigación penal de rigor se pudo constatar que los hechos se desarrollaron en la forma indicada y se identificó el autor material del ilícito, quien fue objeto de detención preventiva.

4) Que la señora Gaviria Guarnizo contaba al momento de su muerte con 36 años, era hija legítima de Jesús Gaviria y Edelmira Guarnizo y dejó cuatro hijos, llamados Hugo Fernando, Jaime, Ferney y Ancízar Londoño Gaviria, con quienes mantenía excelentes relaciones de familia, ayudándose y colaborándose mutuamente.

El tribunal, luego del trámite de la instancia, decidió en la forma indicada. Inicialmente la parte actora interpuso apelación. El recurso, por falta de sustentación, fue declarado desierto y en la providencia que tal cosa

dispuso (auto de mayo 6 de 1991, a folios 90 y siguientes) se ordenó el trámite de la consulta.

El *a-quo*, para tomar la decisión que se dejó transcrita atrás, sostuvo en uno de los apartes del fallo consultado:

“El conjunto de estas declaraciones y las que no cabe hacer objeción alguna señala como ya se adelantó que la muerte de la señora Gaviria Guarnizo fue causada con arma de dotación oficial y en desarrollo de un operativo policial en el que las fuerzas del orden que tienen como misión velar por la vida, honra y bienes de las personas, si algo hicieron fue precisamente faltar a ese deber, pues, lo que denotan los autos es que obraron con gran ligereza e imprudencia al tratar de detener un vehículo cuyos ocupantes no representaban para los policías ningún peligro y de quienes no habían recibido ningún ataque; con la lamentable consecuencia ya señalada. ¿Cómo no predicar entonces la falla del servicio público de policía que señala la demanda? Es dable presumir esa falla como lo tiene sentado la jurisprudencia por haber sido causada la muerte con arma de dotación oficial; pero aquí, más que de una presunción se trata de hecho plenamente establecido, pues, la prueba señala que en el caso la policía obró irresponsablemente y por tanto con menoscabo del deber. La falla del servicio anotada implica una lesión o daño a un bien protegido por la Constitución y la Ley como es la vida (de la señora Gaviria Guarnizo); y en el caso no puede ponerse en duda que debido a aquélla falla se produjo el lamentable hecho (daño).

“3. La muerte de una persona en las circunstancias que da cuenta la demanda es para sus seres queridos motivo de aflicción o dolor moral que en justicia debe ser indemnizado; y para quienes económicamente de ella dependían conlleva perjuicio material que también debe ser resarcido. En el *sub-júdice*, han comparecido los demandantes, uno alegando la calidad de concubino de la occisa y los restantes la de los hijos, a reclamar indemnización por el perjuicio moral que dicen haber sufrido a causa de la muerte de la compañera y madre. La condición de hijos de Hugo Fernando, Ferney, Ancísar y Jaime Londoño Gaviria, está plenamente comprobada con las correspondientes actas del registro civil de nacimiento de las que el competente funcionario expidió copia formal (folios 6, 7, 8 y 9, *et cetera* 1o.). La de concubino que alega Henry Londoño García la denotan el hecho de ser el padre de los hijos de la occisa y el de encontrarse en su compañía a la hora de la muerte; y la ponen de presente las declaraciones de los señores Luis Fernando García Arroyave, Pedro Luis González Vega, María Lucelly Tabera Cuéllar, Ariel Moreno Tabares y Marco Tulio Agudelo Arias, quienes rindieron testimonio ante Juez comisionado. Todos afirman haber conocido a Henry Londoño y a la occisa y de sus dichos se deduce sin lugar

a dudas que hasta la hora de la muerte de aquélla, ambas personas hicieron vida común como marido y mujer (fls. 165-173, Cdno. 2o.).

“CONCLUSION Y RESOLUCION:

“Estando configurados como se ha visto todos los elementos de la acción indemnizatoria deducida en la demanda, se impone acceder a lo pedido por los demandantes. Se ordenará pagar los perjuicios morales que fueron los únicos solicitados.

“La pérdida de la compañera permanente representa para el marido el máximo dolor. Por eso se ordenará que al demandante Henry Londoño se le pague el máximo que la jurisprudencia ha reconocido en casos similares (un mil gramos oro).

“Los hijos tendrán también derecho al máximo por la pérdida de su madre, pues, máximo es el dolor que produce la muerte de la progenitora; pero, como en la demanda limitaron su pretensión al valor de 700 gramos de oro para cada uno, solo esa cantidad les será reconocida”.

Ahora, cumplir el trámite de la segunda instancia, es oportuno decidir. Para ello, se considera:

Para la señora fiscal séptima de la Corporación, el fallo merece ser confirmado. De su vista fiscal de julio 29 de 1991 (a folios 94 y siguientes) se destaca:

“Del acervo probatorio agrupado se infiere que la Administración Pública incurrió en fallas, concretamente por parte de la Policía Nacional, en la prestación del servicio de vigilancia, toda vez que los agentes de la Policía Nacional ARNULFO GONZALEZ MARIN y OJEDA JIMENEZ JOSE ANGEL y sus demás compañeros de procedimiento, acantonados en Sevilla (Valle) actuaron vulnerando los reglamentos que rigen la Institución Armada. Así estos en sus respectivas declaraciones, tratan de morigerar la situación, el resultado es contundente. Dicen que hicieron los disparos al aire, lo cual no es cierto, porque si el señor Londoño García no escuchó o no vió la señal de “pare” efectuada por éstos en cumplimiento de sus funciones, debieron y pudieron utilizar otros métodos menos gravosos, como son perseguir el automotor, adelantarse e impedir el paso, chuzar las llantas, etc.

“Al respecto el Consejo de Estado en varias oportunidades se ha pronunciado, en el sentido que las autoridades de policía o militares en el acatamiento del mandato constitucional de proteger la vida, honra y bienes de los ciudadanos residentes en Colombia, no pueden manejar conductas que rebasen el normal cumplimiento de sus deberes. Así

las cosas, en el operativo que se llevaba a cabo, más exactamente en cumplimiento de un retén militar, solo en casos extremos y excepcionales podrá hacerse uso de las armas, debiéndose tomar todas las precauciones indispensables para proteger la vida de los ciudadanos”.

Fuera del ministerio público ninguna de las partes intervino en esta instancia.

Para la sala la sentencia será confirmada, por cuanto el análisis de los supuestos de la responsabilidad hecho por el *a-quo* se ajusta a la realidad procesal.

Muestra el acervo probatorio que el operativo policial fue a todas luces irregular y por fuera de los cánones normales y ordinarios del buen servicio público. Comparte la sala la apreciación del tribunal en el sentido de que los agentes actuaron con suma ligereza y fueron seriamente imprudentes en el manejo de la situación que produjo la muerte de la señora Leonor Gaviria G.

También estima la sala, y aquí coincide asimismo con el fallador de primera instancia, que el asunto muestra una falla presunta del servicio, por cuanto la muerte de la indicada señora se produjo con un arma de dotación oficial accionada por el agente de policía Arnulfo González Marín. Además, por parte alguna aparece la prueba del hecho exculpativo para la administración, como habría sido la fuerza mayor, el hecho exclusivo y determinante de un tercero o la culpa de la víctima de igual entidad.

Aunque en el expediente no aparece la prueba de la culminación del proceso penal seguido contra los agentes que intervinieron en el operativo, sí existe la copia de la providencia dictada por el juzgado 76 de instrucción penal militar el día 22 de febrero de 1990, en la cual, luego del análisis de los distintos medios probatorios practicados en la etapa investigativa, se decreta la detención preventiva de los agentes José Angel Ojeda y Arnulfo González M., por haberse establecido bien la conducta culposa de éstos en el accionamiento de sus armas de dotación oficial, sin prever los efectos nocivos de sus actos.

Para la sala, entonces, la falla resultó probada, como quedó demostrado el perjuicio sufrido por los damnificados y la relación causal.

Aunque el asunto no ofrece dudas en cuando a las personas damnificadas, la sala hace algunas precisiones para evitar ciertos equívocos.

Ha dicho la jurisprudencia, en forma reiterada, que en estos procesos de responsabilidad la indemnización de perjuicios la piden o solicitan los damnificados de la persona fallecida o herida por causa de la falla del servicio, no

en su carácter de herederos de ésta, sino por el perjuicio que les causó esa muerte o esas lesiones, con prescindencia del mismo vínculo parental que gobierna el régimen sucesoral. En otras palabras, la parte demanda porque fue damnificada y no porque es heredera.

Tan cierto es esto que con alguna frecuencia se niega en estos procesos indemnización al padre, al cónyuge, a los hijos o hermanos, pese a la demostración del parentesco, porque por otros medios se acredita que no sufrieron daño alguno. El caso, por ejemplo, del padre o madre que abandona a sus hijos desde chicos; o del hijo que abandona a sus padres estando estos enfermos o en condiciones de no subsistir por sus propios medios.

En otros términos, lo que se debe probar siempre es el hecho de ser damnificada la persona (porque el hecho perjudicial afectó sus condiciones normales de subsistencia, bien en su esfera patrimonial o moral) y no su carácter de heredera.

El equívoco se creó cuando la jurisprudencia aceptó, para facilitar un tanto las cosas, que el interés de la persona damnificada resultaba demostrado con la prueba del vínculo de parentesco existente entre la víctima y el presunto damnificado.

Esta idea, de por sí bastante clara, creó el equívoco, hasta el punto de que se confundió el interés del damnificado con el del heredero.

Lo anterior hizo que los demandantes se contentaran simplemente con acompañar al proceso las pruebas del parentesco. Y esto, en la mayoría de los casos es suficiente porque la jurisprudencia, por contera, terminó aceptando la presunción de hombre o judicial de que entre padres e hijos o cónyuges entre sí se presume el perjuicio por el sólo hecho del parentesco.

Pero fuera de que se han limitado a esas pruebas del estado civil, las han practicado mal o en forma incompleta, lo que ha impedido en muchos eventos reconocer el derecho pretendido porque no se acreditó bien el interés en la pretensión.

Las ideas anteriores permiten afirmar, frente al caso *sub-judice*, que no se probó adecuadamente que todos los demandantes que se presentaron a juicio como hijos extramatrimoniales de la señora Leonor Gaviria, acreditaron tener ese carácter, porque sólo ésta aparece suscribiendo el acta de nacimiento de su hijo Jaime Londoño G. En otros términos, no se demostró, con sujeción a la ley y en la forma exigida por la jurisprudencia, que Ferney, Ancízar y Hugo Fernando eran hijos extramatrimoniales suyos.

Pero esas mismas ideas expuestas en relación con el acervo probatorio permiten inferir que tales personas sí tenían el carácter de damnificadas.

Carácter que se desprende en forma inequívoca de la prueba testimonial que obra a folios 165 y siguientes del C. No. 2 y en especial de las declaraciones de Luis Fernando García Arroyave (a folios 165 y siguientes), Pedro Luis González Vega (a folios 168 y siguientes), María Lucelly Tabera Cuéllar (a folios 169 y siguientes), Ariel Moreno Tabares (a folios 171 y siguientes) Marco Julio Agudelo Arias (a folios 171 vuelto y siguientes).

Estos declarantes son contestes en afirmar que tales personas convivían con la que se afirma era su madre; que se ayudaban, respetaban y colaboraban entre sí y que hicieron vida de hogar hasta la fecha del fallecimiento de la señora Leonor, quien vivió durante más de 20 años en relación concubinal con el señor Henry Londoño García, padre de los demás demandantes.

Además, son contestes los testigos en declarar sobre la ayuda económica que la señora Leonor les brindaba a los que se dicen eran sus hijos y a su compañero, puesto que ella administraba una pequeña tienda de su propiedad. Igualmente coinciden esos testigos en afirmar el efecto recíproco que se brindaban las personas que vivían bajo un mismo techo en el hogar Londoño-Gaviria.

Se destaca también de esa prueba testimonial la angustia y desorientación de los jóvenes, ahora demandantes, por la muerte de un ser querido como lo era la señora Leonor.

También resultó bien probado el carácter de damnificado del señor Henry Londoño. Los testimonios antecitados dan cuenta de la relación concubinal de hecho que existió entre este señor y la señora Gaviria Guarnizo; relación concubinal notoria y regular prolongada por más de 18 años.

La sala es consciente que la afirmación precedente, que le sirve para dar por probado el carácter de damnificado que tiene el señor Londoño, no implica en forma alguna la declaración judicial del concubinato que existió entre las mencionadas personas, porque esto compete a los jueces de familia (ley 54 de 1990 artículo 4o.) pero sí permite inferir que la tragedia de la señora Leonor afectó a su compañero permanente, con quien vivió maritalmente por varios lustros, en su esfera afectiva.

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:

Confírmase en todas sus partes la sentencia de 3 de octubre de 1990, dictada por el tribunal administrativo del Valle del Cauca.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVA.

Esta providencia fue aprobada por la sala en su sesión de fecha 31 de octubre de 1991.

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

FALLA DEL SERVICIO DE POLICIA—Retén

El hecho de no acatar la orden de “pare” indicada en los retenes, no autoriza en forma alguna para disparar a matar, porque, y es un hecho que olvidan con impresionante frecuencia los agentes del orden (policía y soldados), ni en la Constitución anterior ni en la actual existe la pena de muerte.

PERJUICIOS MATERIALES/LUCRO CESANTE—Reconocimiento

Cualquiera que sea la edad de la víctima y aunque no esté laborando en el momento del accidente ella tiene derecho a que se le indemnice a título de lucro cesante, la pérdida o disminución de la posibilidad que tenía de ganarse la vida en una actividad lucrativa. Lo razonable parece ser que llegado el momento en que la persona tiene su plena capacidad laboral, se le reconozca la indemnización correspondiente por las condiciones inferiores en que queda la víctima, si se las compara con las que tenía antes de ocurrir el accidente.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Santafé de Bogotá, D.C., noviembre primero (1o.) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Doctor Carlos Betancur Jaramillo.*

Referencia: Expediente No. 6554. Indemnizaciones. Actor: Jairo Nieto Susa.

Procede la sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 13 de diciembre de 1990 dictada por el tribunal administrativo del Tolima, mediante la cual se dispuso:

SECCION TERCERA

“1o. DECLARAR que la Nación – Ministerio de Defensa Nacional, es responsable administrativamente por los hechos acaecidos el día 26 de agosto de 1986, en el Municipio de Melgar, Tolima, donde resultó lesionado el señor JAIRO NIETO SUSSA, por hechos provenientes de personal perteneciente al Ejército Nacional”.

“2o. En consecuencia, CONDENAR a la Nación – Ministerio de Defensa Nacional a pagar al demandante JAIRO NIETO SUSSA, por concepto de perjuicios morales, el equivalente en pesos a quinientos (500) gramos oro, según certificación que sobre el precio internacional del oro expida el Banco de la República, a la fecha de la sentencia, y por concepto de perjuicios materiales la suma de CUARENTA Y NUEVE MIL SETECIENTOS SIETE PESOS (\$49.707.00) MONEDA CORRIENTE, valor de los gastos quirúrgicos efectuados por el demandante”.

“3o. Las cantidades aquí reconocidas devengarán intereses comerciales durante los seis (6) meses siguientes a la ejecutoria de esta sentencia y moratorios después de este término”.

En la demanda, presentada el 4 de agosto de 1988, se narran, en síntesis, los siguientes hechos:

1o.) Que el día 26 de agosto de 1986, a eso de las 3 de la mañana, el bus No. 918 de la Flota Magdalena se pasó un retén militar en Melgar y fue baleado por unidades del ejército nacional, resultando herido el señor Jairo Nieto Sussa, quien se dirigía al corregimiento de la Paila de esta ciudad.

2o.) Que el herido fue atendido primero en Fusagasugá y luego en el Hospital Simón Bolívar, donde se le dio tratamiento quirúrgico.

3o.) Que en el lugar de los hechos no había señal alguna del retén.

4o.) Que al momento de ser lesionado el señor Nieto S. contaba con 25 años y tenía una supervivencia de 53.

5o.) Que el señor Nieto trabajaba como administrador de una panadería de su familia en la carrera 35D. No. 67 sur, de esta ciudad y se ganaba de \$40.000 a \$50.000.

6o.) Que estuvo hospitalizado 65 días y no pudo volver a trabajar hasta el mes de septiembre de 1988 en que empezó a laborar como Inspector de Juegos, Rifas y Espectáculos de Roldanillo, con un sueldo de \$30.000.

7o.) Que la herida le produjo daños y perjuicios, así:

“5.1. MORALES, que se presumen en quien, viajando desprevenido por carretera en un bus se ve asaltado y baleado de un momento a otro y desangrándose sin atención médica oportuna se topa cara a cara con los temores de la muerte y después de peregrinar por centros de atención y ser rechazado porque no tenía dinero en el hospital de sus baleadores pasa 65 días de operación en operación en la cama de otro Centro y queda mermado en sus capacidades de por vida gracias a la irresponsabilidad militar”.

“5.2. MATERIALES, resultantes:

“52.1. de lo pagado en gastos de salud y en la pérdida de productividad, de los frutos o intereses, de dichas sumas, y,

“52.2. de lo dejado de ganar en el tiempo que ha transcurrido desde su infortunio y en el tiempo que le resta de vida a raíz de la incapacidad y secuelas de la herida, y,

“52.3. de los frutos civiles o intereses del capital representativo de la indemnización que se le está debiendo, según el artículo 1615 del C. Civil, desde la fecha del infortunio, y,

“5.3. FISIOLÓGICOS, producto de la pérdida de su integridad e identidad corporal y, desde luego, de su capacidad de trabajo en abstracto,

“6. daños y perjuicios, de todo orden, que se encuentran ligados causalmente con el proceder de los efectivos militares que dispararon sobre el vehículo en marcha, haciendo daño, como se anotó, al demandante, y que la Nación tiene el deber, verdadera obligación de dejar totalmente indemne”.

El tribunal, luego del trámite de rigor, tomó la decisión que se deja transcrita al principio de esta motivación.

De ese fallo se destacan los siguientes apartes:

“Con el anterior acervo documental y testimonial se evidencia que los hechos trágicos son atribuibles a Agentes Oficiales, que cuando ocurrieron hicieron uso de arma de dotación oficial, y que estaban en servicio activo, en cumplimiento de orden legalmente impartida, y que en ningún momento dispararon con el fin de inmovilizar el vehículo, como serían las llantas, sino que imprudentemente lo hicieron hacia el interior del bus, donde se presumía viajaban pasajeros”.

“También ha sostenido la jurisprudencia que cuando se alega esa falla del servicio por el ejercicio de actividades de suyo peligrosas como el

empleo de armas, por el Agente Oficial, dicha falla se presume, correspondiendo a la parte demandada demostrar que el hecho obedeció a culpa de la víctima, al hecho de un tercero o fuerza mayor con los caracteres de imprevisibilidad e irresistibilidad”.

“Al respecto ha expresado: “... Pero existe otro caso en el que la Jurisprudencia encuentra que el nexo hace ya no inferior sino aún más, presumir la falla del servicio; caso que se encuentra en los eventos en que la actuación del funcionario está vinculada con un instrumento cuando éste “por peligrosidad, al ser nexo instrumental en la causación del perjuicio, compromete de por sí la responsabilidad del ente público ... Sin necesidad de que se pruebe la falla del servicio, que por demás bien puede existir”. (Consejo de Estado. Expediente 2852. Actor JORGE ARTURO HERRERA VELASQUEZ), caso en el cual los perjuicios que se ocasionaron con arma de dotación oficial y, en fecha más reciente, la Corporación aplicó la misma presunción de falla del servicio cuando el instrumento que causó el perjuicio, y que fue usado por el funcionario reunía también las condiciones de peligrosidad, como que se trataba de un vehículo automotor perteneciente a la persona pública demandada. (Sentencia de diciembre 19 de 1989. Expediente 4484. Actora ROSA ELENA FRANCO VDA. DE BERNAL)”.

“En otros casos, cuando el nexo se relaciona con un “instrumento en sí mismo peligroso”, pero sí con un instrumento del servicio. Esta Corporación ha encontrado que la presencia de dicho nexo permite inferir la falla del servicio, a menos que del acervo probatorio resulte que el servicio pado tuvo que ver con el hecho, igual a como sucede en los casos de nexo especial o temporal. Pero es de advertir que aun en caso de presunción de falla del servicio, esta prueba puede ser desvirtuada con la prueba de fuerza mayor, hecho de un tercero o culpa exclusiva de la víctima”. (Sentencia julio 17 de 1990. Expediente 5980. Consejero Ponente Dr. GUSTAVO DE GREIFF RESTREPO)”.

“Las circunstancias en que sucedieron los hechos, no permiten deducir en manera alguna, que haya habido culpa por parte de la víctima, por el hecho de no parar en el retén, máxime cuando los testigos son acordes en manifestar que no existía ninguna señal visible, tal como lo expone el conductor del bus y los mismos pasajeros, quienes advierten que la vara se encontraba levantada en el retén de las Rentas, que comúnmente se conoce con el nombre de ‘Retén de los Chirrincheros’, donde fue instalado el operativo y sucedieron los hechos que son materia de debate. No hay otra prueba aducida al proceso que demuestre lo contrario”.

“Aplicando los principios que se dejaron expuestos en el *Sub-judice*, la Sala encuentra probada la falla del servicio presunta (se dispensa de

la prueba al demandante), por haberse utilizado arma de fuego de dotación oficial que estaba bajo la guarda y uso de la Administración y por elementos personales de la misma — Ejército Nacional arma de dotación oficial, y que permite concluir que la falla del servicio presunta se consolidó en el presente proceso”.

Descontenta la parte actora con la decisión, apeló. Cumplido el trámite del recurso, es oportuno decidir. Para ello, se considera:

Para la señora Fiscal Segunda de la corporación, Dra. Edné Cohen D., la sentencia merece confirmación parcial, ya que estima que se debe reconocer, además, indemnización por la incapacidad padecida por el actor.

De esa vista de 6 de septiembre de 1991, se destaca:

“Estudiado el expediente, este Despacho comparte el análisis de la prueba que hizo el Tribunal para declarar probada la falla del servicio.

“En relación con la condena de los perjuicios se anota lo siguiente:

“Al folio 162 vuelto del C-3, aparece el dictamen de Medicina Legal en donde se afirma, que la incapacidad parcial permanente del señor NIETO SUSSA es del 24%, lo que conlleva necesariamente a una indemnización. En el presente caso se debe tener como base para su tasación el salario mínimo legal”.

“En relación con lo que se entiende por lucro cesante propiamente dicho, o ganancias dejadas de percibir en los días que estuvo incapacitado el Actor a raíz del accidente, no habrá lugar a reconocimiento alguno, pues para la época en que se desarrollaron los hechos quedó establecido que éste no devengaba ningún salario, lo que indica que si nada ganaba, nada dejó de percibir durante el tiempo de su enfermedad”.

Por un lado la nación arguye en su alegato (a folios 191 y ss) que no se probó la falla del servicio, porque el retén se hizo en el sector “Chirrincheros” con todas las de la ley. Los soldados portaban linternas, pitos y chalecos fosforescentes; además se puso una guadaña iluminada con señales visibles de “pare”. Y anota que pese a esas medidas el bus no paró sino que, por el contrario, aceleró, configurándose así el hecho de tercero como exculpante.

El señor apoderado de la actora en su memorial de sustentación del recurso (a folios 183 y ss) precisa los motivos de discrepancia a los siguientes puntos;

a) Porque no se reconoció indemnización alguna por la incapacidad permanente parcial sufrida por el señor Nieto S.

SECCION TERCERA

b) Porque se impuso una condena muy reducida por perjuicios morales, cuando los hechos ameritan una condena equivalente a los 1000 gramos oro.

c) Porque no se impuso condena acorde con los 90 días que duró la hospitalización y los 65 días de incapacidad que se le señaló.

Para resolver, se considera:

La sentencia será confirmada, con algunas modificaciones relacionadas con la condena impuesta, y que la sala encuentra ajustada a la realidad procesal y probatoria el análisis hecho por el tribunal.

Muestra el acervo probatorio y así lo constató también el *a-quo*, que las lesiones que sufrió el señor Nieto S. fueron causadas por arma de dotación oficial, accionada por uno de los agentes que conformaban el retén de "Chirrincheros", adelante de Melgar; y que la conducta oficial fue torpe e imprudente porque en lugar de detener el vehículo que desobedeció la orden de "pare" por medios más lógicos y racionales (disparar a las llantas, por ejemplo), dispararon a la loca hacia el interior del bus, sin medir las consecuencias de su torpeza y el peligro que corrían los pasajeros que no tenían la culpa de la conducta del chofer.

Tampoco se puso en evidencia la causal exculpativa del hecho de tercero en el grado requerido por la jurisprudencia (exclusivo y determinante) porque no existió justificación alguna en la reacción desproporcionada de los agentes ante el desacato presentado; el que no implicaba ningún riesgo para los involucrados en el operativo.

La sala ha tenido oportunidad en muchos casos similares de recalcar que el hecho de no acatar la orden de "pare" indicada en los retenes, no autoriza en forma alguna para disparar a matar, porque, y es un hecho que olvidan con impresionante frecuencia los agentes del orden (policía y soldados), ni en la constitución anterior ni en la actual existe la pena de muerte.

El uso de las armas, se ha dicho centenares de veces, debe ser racional, prudente, estrictamente necesario y plenamente justificado; que la respuesta de tales agentes tiene cánones que deben acatarse y que su reacción no puede ser la misma desproporcionada, injusta, ligera e interesada de la delincuencia organizada (llámese guerrilleros, paramilitares, narcoterroristas o bandidos comunes).

Sobra insistir sobre el punto. Lo dicho por el tribunal releva de otras consideraciones.

Pero no obstante esto la sala hace las siguientes reflexiones adicionales, con miras a respaldar los cambios que se le introducirán al fallo recurrido.

Asiste la razón a la parte actora cuando cuestiona la no condena por perjuicios materiales, pese a la incapacidad permanente parcial del 24% que se asignó por los médicos al señor Nieto S. Y en esta apreciación coincide la señora fiscal.

En este punto se reitera la jurisprudencia plasmada en la sentencia de marzo 16 de 1989, de la cual fue ponente el señor consejero Uribe Acosta (Procesos acumulados 3931, 3934 y 3926, Adela Rodríguez y otros). De ese fallo, se destaca:

“La anterior perspectiva jurisprudencial se cambia ahora pues parece incuestionable, por razones de justicia, predicar que cualquiera que sea la edad de la víctima y aunque no esté laborando en el momento del accidente ella tiene derecho a que se le indemnice a título de lucro cesante, la pérdida o disminución de la posibilidad que tenía de ganarse la vida en una actividad lucrativa. Lo razonable parece ser que llegado el momento en que la persona tiene su plena capacidad laboral, se le reconozca la indemnización correspondiente por las condiciones inferiores en que queda la víctima, si se las compara con las que tenía antes de ocurrir el accidente. En el *sub-lite*, se tiene que aunque la menor no podía aún celebrar el contrato de trabajo, en el momento del accidente, sí estaba en la posibilidad de hacerlo, al cumplir 18 años. Por lo mismo, parece equitativo partir de la base del salario mínimo existente en el momento de ocurrir este hecho. Las lesiones que sufrió en el ojo izquierdo implican para la demandante, una lesión de su capacidad productiva temporal, o permanente. El lucro cesante se da por acreditado con la evidencia de la lesión, pero como en el plenario no es posible determinar con exactitud la cuantía del perjuicio, la condena se hará *IN GENERE* para que la liquidación se haga mediante el trámite incidental señalado en la ley, con sujeción a las siguientes pautas:”.

En este orden de ideas, y para efectos de esta condena deberán tenerse en cuenta las siguientes pautas:

a) La incapacidad permanente parcial equivalente al 24% durante la vida probable del señor Jairo Nieto Susa; vida probable que deberá tomarse con base en las tablas de mortalidad de la Superintendencia Bancaria.

b) Esa merma de capacidad se liquidará teniendo en cuenta el salario mínimo vigente a la fecha del hecho perjudicial. Recuérdese que, como lo dice el tribunal, no se acreditó que en esa época estuviera laborando el lesionado.

c) La indemnización comprenderá dos períodos, así: uno vencido desde el accidente hasta la fecha de ejecutoria de esta sentencia; y otro, futuro, desde esta última hasta la culminación de la vida probable del demandante.

SECCION TERCERA

d) Para el efecto, se aplicarán las fórmulas adoptadas por la jurisprudencia, para los mencionados periodos actualizando ese 240/o del salario mínimo, para buscar Ra, con aplicación de la fórmula,

$$Ra = r \frac{\text{Ind. f.}}{\text{Ind. i.}}$$

En cuanto al monto de los perjuicios morales, la sala no ordenará ninguna modificación, ya que considera justa y equitativa la condena impuesta por el tribunal. En ningún caso una lesión como la sufrida por el señor Nieto puede equipararse al dolor sufrido por la pérdida de un ser querido.

La sala también confirmará lo dispuesto por el *a-quo* en relación con los \$49.707 señalados como gastos quirúrgicos efectuados por el demandante. Esta suma deberá actualizarse, con base en los índices de precios al consumidor que certifique el Dane, con sujeción a la fórmula $Vp = vn \frac{\text{Ind. f.}}{\text{Ind. i.}}$; siendo índice inicial para estos efectos el correspondiente a la fecha del pago de esos gastos y el índice final el vigente a la fecha de ejecutoria de este fallo.

Por lo expuesto y de acuerdo con la señora Fiscal, 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 de 13 de diciembre de 1990 dictada por el tribunal administrativo del Tolima, en cuanto declara responsable a la Nación — Ministerio de Defensa — por los hechos acaecidos el 26 de agosto de 1986, en el Municipio de Melgar, Tolima, y en los cuales resultó lesionado el señor Jairo Nieto Sussa.

2o.— Modifícase en las demás así:

a) Condénase a la mencionada entidad a pagar al demandante Jairo Nieto Sussa por concepto de perjuicios morales en concreto, el equivalente en pesos a 500 gramos oro, según certificación del Banco de la República a la ejecutoria de este fallo.

b) Condénasele además a pagar al mismo señor los perjuicios materiales que se le liquiden con sujeción a las pautas indicadas en la motivación, por concepto de la incapacidad permanente parcial que se le asignó. La liquidación deberá hacerse en forma incidental, con sujeción al trámite indicado en el artículo 137 del C. de P.C.; incidente que deberá formularse en el término

de 60 días contados a partir de la notificación del auto que ordene cumplir lo aquí resuelto, dictado por el *a-quo*.

c) También deberá pagar la entidad demandada la suma de \$49.707 por concepto de gastos quirúrgicos efectuados por el demandante, actualizada en la forma indicada atrás.

3o.— La sentencia deberá cumplirse dentro de los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A.; devengará intereses a la tasa indicada en la ley a partir de la ejecutoria de este fallo para las condenas indicadas en el numeral 2 de esta parte resolutive literales a y c; y a partir de la ejecutoria del auto que liquide la condena impuesta en el numeral 2o., letra b.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVA.

Se deja constancia que esta providencia fue estudiada y aprobada en la Sala de la sesión de fecha 31 de octubre de 1991.

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

**FALLA DEL SERVICIO DE AGUA/FALLA DEL SERVICIO PUBLICO
DOMICILIARIO/HECHO DE UN TERCERO/RESPONSABILIDAD SOLI-
DARIA/CONCURSO DE CAUSAS**

Los servicios públicos deben prestarse en forma normal y los usuarios tienen el derecho subjetivo de exigir que se les indemnicen los perjuicios que con ocasión de su prestación se causen, cuando a la luz de la ley y el derecho no estén obligados a soportar el daño de que se trate. En el *sub-lite* resulta imposible aceptar que hubo prestación normal del mismo, cuando el agua circuló por las tuberías sucia, en tal grado, que causó daños a la demandante. La concurrencia del hecho de un tercero con la actuación administrativo para, conjuntamente ocasionar un daño, plantea la cuestión doctrinal del concurso de causas, que en general tiende a resolverse estableciendo la responsabilidad solidaria de todos los particulares al objeto de que el particular dañado pueda obtener rápidamente su indemnización de quien crea oportuno.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Santafé de Bogotá, D.C. noviembre siete (7) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Doctor Julio César Uribe Acosta.*

Referencia: Expediente No. 6251. Actor: Tintorería Servicolor Ltda. Demandado: Empresas Públicas de Medellín.

— 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 dieciocho (18) de mayo de mil novecientos noventa (1990), proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, en virtud de la 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, generales y particulares del caso, se transcribe a continuación lo pertinente del fallo, en el cual se discurre dentro del siguiente universo:

“Obrando a través de apoderado, mediante escrito presentado el día 27 de febrero de 1987, la sociedad “TINTORERIA SERVICOLOR LTDA.”, en ejercicio de la acción de reparación directa y cumplimiento, demandó a la entidad EMPRESAS PUBLICAS DE MEDELLIN, a fin de que el Tribunal la declare responsable de los daños y perjuicios materiales sufridos, en sus aspectos de daño emergente y lucro cesante, “... como consecuencia de una falla en el servicio la cual le es directamente imputable” (fl. 7); que sea condenada a pagarle \$6.162.000.00 por daño emergente y \$2.462.500.00, como lucro cesante, o sumas superiores si se acreditan en el proceso, actualizadas consultando las tablas de interés técnico acogidas por el H. Consejo de Estado; subsidiariamente, “... por cualquier otro sistema idóneo establecido para tal fin” (f. 7 y 8). Se admitió el llamamiento en garantía por parte de la demandada a la Compañía de Seguros LA PREVISORA S.A. (f. 22 y ss.).

“HECHOS FUNDAMENTALES

“Presta sus servicios de tintorería y acabados textiles en su sede, calle 12 No. 52-A-225, en cercanías del Aeropuerto Olaya Herrera y del parque cementerio Campos de Paz, de esta ciudad.

“Tal parece que entre la primera y la segunda semanas del mes de marzo de 1985, Empresas Públicas comenzó a efectuar trabajos de reparación en la tubería de acueducto, cerca del cementerio Campos de Paz, y al hacer el revestimiento de los empates de la tubería fue instalado material de tela asfáltica, de manera antitécnica, en forma que toda el agua quedó contaminada con dicho producto, dañando la producción de la empresa, ocasionando perjuicios, lo que constituye una evidente falla en la prestación del servicio público de acueducto. Luego se refiere a la magnitud de los perjuicios (f. 5 y 6).

“CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

“1. Como lo ha dicho en forma reiterada la jurisprudencia del H. Consejo de Estado, para que se decrete la responsabilidad de la Administración (o del Estado), se requiere:

"1.1. Una falta o falla del servicio o de la administración, por omisión, retardo, irregularidad, ineficiencia o ausencia del servicio.

"1.2. Un daño indemnizable, ésto es, un daño cierto determinado o determinable y,

"1.3. Una relación de causalidad entre la falta o falla de la administración y el daño.

"2. LUIS FERNANDO OSORIO VILLA, VICTOR DANIEL ALVAREZ ALVAREZ Y MARIA ADELFA ARBOLEDA OSPINA, quienes laboraban al servicio de la demandante (f. 63 a 69), se refieren a la reparación de la tubería del acueducto cerca a Campos de Paz.

"Sin embargo, el Dr. Gerardo Sepúlveda Villa, Ingeniero Civil al servicio de la demandada, afirma que en esa época *el INVAL* (Instituto Metropolitano de Valorización) realizaba trabajos relacionados con *el intercambio vial de la glorieta de la calle 30 con la carrera 52; allí se hicieron empalmes de tubería*. Los trabajos no se realizaron por Campos de Paz (f. 70 a 73).

"También el Dr. Jorge Enrique López Sanín, Ingeniero al servicio de Empresas Públicas de Medellín, manifiesta que en la "Glorieta de Argos", carrera 52 con calle 30, *Valorización Municipal* efectuó un cambio de la red, utilizando para ello tubería de acero pintada con pintura bituminosa (f. 75 a 78).

"JOSE DARIO ZULUAGA, Ingeniero Químico al servicio de Empresas Públicas de Medellín, no se enteró de los trabajos.

"3. El apoderado de la demandada, en su alegato de conclusión manifestó:

"De conformidad con las pruebas allegadas al proceso, el demandante no probó que las Empresas Públicas hubieran ejecutado obras durante el tiempo indicado en la demanda en el sector de Campos de Paz, y solo se estableció que en la calle 30 con carrera 52, el INVAL ejecutó un cambio de tubería de acueducto, con la presencia de un Interventor de las Empresas, que para el caso fue el Ingeniero GERARDO SEPULVEDA. Así las cosas es necesario concluir que no existe responsabilidad de las Empresas en la causación de los perjuicios que reclama el actor, toda vez que no existen los documentos que la estructuren. ..." (f. 143 y 144).

"4. EN SINTESIS:

"4.1. NO SE DEMOSTRO que, en marzo de 1985, Las Empresas Públicas de Medellín hubieren realizado trabajos de reparación de la tubería de acueducto cerca del Cementerio de Campos de Paz, como se afirma en la demanda.

"4.2. De la declaración del Ingeniero Gerardo Sepúlveda Villa, quien estuvo presente, y del Dr. Jorge Enrique López Sanín, quien está suficientemente enterado, se deduce que se realizaron trabajos en un sitio bien diferente y distante: Intercambio Vial de la glorieta de la calle 30 con la carrera 52 (empalmes de tubería).

"4.3. Pero, además, *esos trabajos no los realizó Empresas Públicas de Medellín, sino el INVAL* (Instituto Metropolitano de Valorización Municipal), entidad que no fue demandada.

"En tales condiciones, *no fue demostrada la falta o falla del servicio* a cargo de Empresas Públicas de Medellín, razón por la cual no será atendidas las pretensiones contenidas en la demanda.

"LA DECISION

"Por lo expuesto, la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Antioquia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, oído el concepto de su colaborador Fiscal Primero,

FALLA

"DENIEGANSE LAS PETICIONES DE LA DEMANDA.

"SE CONDENA EN COSTAS A LA PARTE DEMANDANTE. (folios 160-164, C. Ppal.).

- II -

SUSTENTACION DEL RECURSO

A folios 166 y siguientes del Cuaderno Nro. 1, aparece el escrito en que el procurador judicial de la parte 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 razona dentro del siguiente temperamento:

"FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACION

"Hay inconformidad con la sentencia por medio de la cual se deniegan las pretensiones de la demanda, porque no existe coherencia o concor-

dancia entre las pruebas obrantes en el proceso, con lo resuelto en la sentencia, en punto de la presunta culpa de un tercero; porque a nuestro criterio, hubo incorrecta apreciación de los hechos de la demanda, omisiones en la valoración de la prueba y en la estimación de otros hechos de vital importancia para la decisión final.

“SUSTENTACION

“Sostiene el Honorable Tribunal:

“1) “4.1. NO SE DEMOSTRO que, en marzo de 1985, las Empresas Públicas de Medellín hubieran realizado trabajos de reparación en la tubería del acueducto ... como se afirma en la demanda”. (Subrayas en el texto). El fundamento probatorio de lo dicho pretende encontrarlo la Respetada Corporación en las declaraciones de dos ingenieros, Gerardo Sepúlveda Villa y Jorge Enrique López Sanín, empleados de las Empresas Públicas, apreciadas parcialmente y con valoración fuera de contexto.

Pero si existen pruebas en torno a la realización de tales trabajos de empalme, como se verá a continuación:

“A) CONFESION: En el hecho segundo de la demanda, se narra:

“2. Tal parece que entre la primera y la segunda semana del mes de marzo de 1985, las Empresas Públicas de Medellín comenzaron a efectuar trabajos de reparación en la tubería del acueducto, cerca del cementerio Campos de Paz, y al hacer el revestimiento de los empates de la tubería fue instalado material de tela asfáltica, pero de manera tan antitécnica, que toda el agua quedó contaminada con dicho producto. (...)”.

“En la contestación de la demanda, en torno a este hecho la demandada afirmó lo siguiente:

“*Es cierto en cuanto a los trabajos, lo demás que se pruebe*”. (subrayas ajenas al texto).

“En consonancia con tal confesión no propuso ninguna excepción y sólo en el alegato de conclusión aduce la culpa de un tercero (El Inval), sobre la base de que dicho instituto “ejecutó un cambio de tubería de acueducto, con la presencia de un interventor de las Empresas”, con lo cual pretendió, desplazar, y así lo acogió el Tribunal, una responsabilidad que, por mandato legal, le corresponde a las Empresas Públicas.

“*Adviértase que en la demanda para nada se alude al Intercambio Vial de la calle 30 con la carrera 52, como hecho dañoso generador de res-*

ponsabilidad, *sino a unos trabajos espectficos de empalme de la tubería del acueducto*, actividad que de manera insoslayable compromete al ente autónomo demandando.

“B) TESTIMONIOS:

“1) Manifestó el multicitado ingeniero Gerardo Sepúlveda Villa:

“(…) En esa época se realizaron trabajos en la calle 30 con carrera 52. Eso fue aproximadamente en febrero de 1985 donde se hicieron unos empalmes de tubería de 16 pulgadas con una de 20 pulgadas; ese trabajo era o lo realizaba Inval, *entonces yo como interventor estuve el día de los empalmes correspondientes*”.

“La frase subrayada bien puede cambiarse por la que sigue, sin alterar su sentido: Las Empresas como interventoras de la obra participaron el día de los empalmes correspondientes.

Como ya se anotó, el hecho dañoso se originó en el defectuoso empalme de la tubería y no en el intercambio vial.

Se le preguntó al mismo testigo: “¿Qué participación tenían las Empresas Públicas en ese trabajo? Respondió: *La interventoría de las obras* (De acueducto, luz y teléfono, se añade como comentario marginal). “Preguntado: ¿Esa interventoría la ejecuta ordinariamente las Empresas Públicas en razón del servicio que presta o se trataba simplemente de una interventoría solicitada y contratada por el Inval? Respondió: *“Todas las obras del Inval tienen interventoría de Empresas donde se tocan sus servicios y no es una interventoría contratada”*. Como se demostrará más adelante, la interventoría de las Empresas en todas las obras del Inval es gratuita y se suministra en razón de la naturaleza de los servicios públicos a cargo de aquéllas, que se pueden afectar con las obras emprendidas por el Inval.

Más adelante se inquirió al ingeniero interventor: *“La tubería madre que lleva el agua hasta donde se encuentra la fábrica Servicolor ¿es de las que tienen recubrimiento de brea? Respondió: Existen algunos tramos, si mal no recuerdo, cerca a la glorieta de la calle 14, con la carrera 52”*.

“(Servicolor queda en la calle 12 número 52-A-225, a escasas 2 cuadras de allí).

“Preguntado: Podría usted precisarnos ¿cuál pudo ser la *causa concreta* del problema que se presentó en el servicio de agua prestado por E.E. P.P. de Medellín, a Servicolor Ltda. (...). Respondió: *Creo que la causa*

se debió a la interrupción del servicio y a tener un caudal mayor lo que ocasionó el arrastre de las partículas que causaron el inconveniente a Servicolor (...)".

"2) Aseveró el ingeniero Químico de E.E. P.P., José Dairo (sic) Zuluaga Cuartas, en relación con los trabajos en comento, lo siguiente:

"Exactamente no sé si se están refiriendo a unos trabajos en Campos de Paz o un sitio aledaño".

"Preguntado: ¿Usted pudo constatar directamente que la sustancia provenía de la conducción de Empresas Públicas? Respondió: Directamente no lo ví, *ví el material depositado que probablemente entró por la conducción de Empresas*".

"3) Testimonio del señor Jorge Enrique López Sanín.

"La reclamación no fue en Campos de Paz, fue en la Glorieta de Argos, carrera 52 con la calle 30. En dicho sitio Valorización Municipal efectuó un cambio de la red utilizando para ello tubería de acero pintada con pintura bituminosa. *Fue el único trabajo que pudo haber tenido alguna incidencia sobre la contaminación del sector.* "Preguntado: *Sírvase decirnos quién definió el tipo de tubería a utilizar, ¿el Inval o las Empresas Públicas?* Respondió: *Creo que es una decisión tomada en conjunto por el Inval y el ingeniero Gerardo Sepúlveda interventor de las Empresas Públicas*".

COMENTARIO: La decisión la toma la interventoría, pues de acuerdo con las funciones que se le encómiendan al interventor, éste indicará al contratista las pautas, normas o patrones que debe tener la obra a ejecutar.

INFERENCIA PROBATORIA CON RESPECTO A ESTE ACAPITE

"De estos testimonios se puede deducir claramente lo siguiente:

"1) Las Empresas Públicas de Medellín, en su condición de ente encargado por la Ley a prestar los servicios públicos de agua, luz y teléfono en la ciudad de Medellín, *participó en los trabajos de empalme de la Tubería del acueducto que se efectuaron en el mes de marzo de 1985 en zona aledaña, o de influencia con respecto de la Tintorería Servicolor.*

"2) Las normas sobre la tubería que se debía emplear, sus dimensiones, capacidad, volumen, colocación, etc., fueron indicadas y suministradas por las Empresas Públicas de Medellín, en su calidad de interventora de la obra.

“3) Como consecuencia del procedimiento defectuoso utilizado en el empalme; “Por la mayor presión de agua”, “por el uso de material bituminoso” o “Por negligencia o descuido”, *se contaminó el agua que por el tubo madre se conducía hacia la tintorería Servicolor, contaminación que causó las manchas de las telas cuyo proceso de teñido se adelantaba en la Sociedad demandante.*

“4) La presencia de material bituminoso infiltrado en el acueducto municipal fue la única causa que incidió en la contaminación del agua y la manchada de las telas.

“ESTE ES EL VERDADERO HECHO DAÑOSO: La contaminación del agua del acueducto y la consiguiente mácula de las telas de la empresa, consecuencia que tiene como antecedente los cambios y empalmes efectuados en la tubería, en una zona de influencia para la Tintorería Servicolor. Consideramos que demostrada la contaminación y su génesis, el sitio donde se produjo el empalme carece de relevancia.

“2) Sostiene el Tribunal: “Pero, además, esos trabajos no los realizó Empresas Públicas de Medellín, sino el Inval (Instituto Metropolitano de Valorización Municipal), entidad que no fue demandada”.

Al margen de lo anotado en el acápite anterior, cabría formularse la siguiente pregunta:

¿Cuál es la entidad encargada por ministerio de la Ley para prestar en Medellín el servicio público de acueducto? ¿Las Empresas Públicas o el Inval? Las Empresas Públicas de Medellín. Entonces, por la naturaleza del servicio y por las características del hecho dañoso; contaminación de las aguas del acueducto Municipal, cuya tubería está sometida a vigilancia, mantenimiento y cuidado de Las Empresas Públicas de Medellín, son estas responsables por los daños y perjuicios que por causa de la falla en el servicio de acueducto se le ocasionen a terceros.

“La responsabilidad que se le imputa a las Empresas es dable tanto como ejecutora directa de las obras inherentes a sus servicios, como en aquéllas en las cuales participa en calidad de interventora; y con tanta mayor razón cuando aquéllas sean emprendidas por el Inval.

En efecto, desde hace más de 10 años existe un contrato suscrito entre las Empresas Públicas de Medellín y el Inval, para la ejecución de obras de acueducto, en aquéllos casos que se adelanten por el sistema de valorización. La razón de ser de dicho contrato radica en que “como el Inval ejecuta dentro del área Metropolitana obras tales como: Construcción, ampliación, rectificación de vías y puentes, etc., y que *Las Empresas son las encargadas de prestar en la misma área los servicios de:*

acueducto, alcantarillado, energía y teléfonos, por lo cual tienen que velar por la construcción de las respectivas redes y su mantenimiento, las partes acuerdan que el diseño, distribución de obras y la construcción de nuevas redes para los servicios mencionados, así como también la modificación y reubicación de los mismos, a raíz de las obras que ejecuta el INVAL, deben regirse por un contrato”, en virtud del cual:

“a) “Las Empresas Públicas darán las normas y especificaciones; la información sobre el dimensionamiento requerido (diámetro de tubería, número y diámetro de ductos) para reemplazar las redes existentes de acueducto, alcantarillado o emprender obras nuevas”.

“b) “Todos los diseños que para estos eventos elabore el INVAL deberán ser aprobados por las Empresas”.

“c) “Las Empresas ejercerán, sin costo alguno para el INVAL, la interventoría perceptiva de los trabajos relacionados con la redes de servicio público que ejecute el INVAL, relación de interventoría que será exclusiva entre el INVAL y Las Empresas”.

“d) “Una vez terminada la obra las nuevas redes o las modificaciones pasan a ser propiedad de las Empresas y por tanto ellas se hacen responsables de su sostenimiento y reparación”. (Contrato No. 9/DJ-9471/28).

“Nos encontramos, entonces, ante dos fuentes de responsabilidad para las Empresas: 1) La que dimana del contrato de Interventoría 2) La responsabilidad solidaria que le compete al patrón, contratante o beneficiario de la obra; suponiendo que Inval hubiere efectuado el intercambio vial, las redes de acueducto existentes y las nuevas serán propiedad de las Empresas Públicas (Art. 34 C.S.T.).

“3) RESPONSABILIDAD DE LAS EMPRESAS COMO INTERVENTORA DE LA OBRA: En el inciso 2o. del artículo 115 del decreto 222 de 1983 se clasifica la interventoría como uno de los contratos de consultoría, a los cuales define como aquéllos que se refieren a estudios requeridos previamente para la ejecución de un proyecto de inversión o estudios de diagnóstico, prefactibilidad o factibilidad para programas o proyectos específicos, así como a las asesorías técnicas y de coordinación.

“En el artículo 123 del mismo decreto se consagra la responsabilidad solidaria del interventor, en los siguientes términos:

“Además de las sanciones penales a que hubiere lugar, la sociedad o persona natural que ejerciese una interventoría será civilmente respon-

sable de los perjuicios originados en el mal desempeño de sus funciones, sin que ello exima de la responsabilidad que por el mismo concepto pueda corresponder al contratista”.

“Como ya se demostró, para la ejecución de los empalmes de la tubería del acueducto se contó con la interventoría de las Empresas Públicas de Medellín, entidad a la que le corresponde, además de su obligación esencial de prestar los servicios públicos de manera eficaz, la de velar por la buena conservación y mantenimiento de los mismos. Si la contaminación de las aguas es consecuencia de la deficiencia en el trabajo de empalme o del material empleado, o en un error de cálculo (la mayor presión del agua con la nueva tubería) es indudable que le cabe responsabilidad a las Empresas Públicas de Medellín. Siendo la responsabilidad solidaria entre el contratista y el interventor, el demandante, de acuerdo con uno de los principios elementales de las obligaciones de este tipo, puede demandar a cualquiera de ellas o las dos, motivo por el cual no se comparte la resolución del Tribunal en el sentido de absolver a la sociedad demandada, so pretexto de que no se demandó al INVAL.

Sobre el particular se comparte íntegramente el concepto del señor fiscal, que encontró configurada la legitimación por pasiva y por tanto bien dirigida la acción de reparación contra la demandada, por ser la interventora de la obra, y máxime, “cuando llamaron en garantía a una aseguradora que sólo responde en estos casos por daños que causen las Empresas y no el Inval”.

“CONCLUSION

“Por lo expuesto, consideramos que está plenamente demostrada en el proceso la responsabilidad de las Empresas Públicas de Medellín, por la falla en el servicio, ya que en razón del contrato de interventoría que desde hace más de 10 años celebró con el INVAL, se obligaron solidariamente a pagar los daños que por las deficiencias en sus funciones se causaren a terceros. Por la naturaleza misma de la interventoría, de la asistencia técnica que le debe dar al ejecutor de las obras, las Empresas Públicas no pueden ser calificadas como tercero, cuyo hecho pueda enervar la relación de causalidad necesaria para configurar la responsabilidad de la administración, en razón de que ese presunto tercero participó en calidad de interventor en el momento en que se consumó el hecho dañoso.

Desvirtuado el motivo central de la providencia han quedado demostrados plenamente en el proceso los supuestos que generan la responsabilidad de la administración, a saber:

“— Una falla en el servicio: La contaminación de las aguas del acueducto municipal; por la presencia en ellas de material bituminoso,

depositado como consecuencia de unos trabajos de empalme de la tubería, en los cuales la demandada era interventora.

“— Un daño indemnizable: La pérdida del proceso de tintorería o tintura por el manchado de la tela, en cantidad determinada en el proceso.

“— Una relación de causalidad entre la falta de administración y el daño: Como ya se demostró, las Empresas adelantaron la interventoría referida a los servicios públicos a su cargo: acueducto, alcantarillado, energía y teléfonos.

Quedó acreditado que en desarrollo de sus funciones debía suministrar la asistencia técnica y profesional de rigor y hasta decidió cuales eran las dimensiones de la tubería que se debería emplear para los empalmes, según lo declaró un testigo, por cuyo motivo le incumbe responsabilidad por la contaminación del agua, observada después del empalme.

“Además son las Empresas Públicas de Medellín la encargada de prestar el servicio público del cual fueron interventoras y fuera de ello beneficiarios directos y propietarios de la tubería y de las nuevas redes del acueducto, aún suponiendo que estas, por convenio entre las partes, hubieran sido construidos por el Inval.

“En consecuencia, Honorables Magistrados, sírvanse conceder el Recurso Interpuesto, para que el Consejo de Estado revoque la sentencia proferida por Ustedes, en el evento de que consideren de recibo estos planteamiento. (Fls. 166-176, Cuaderno Principal).

— III —

CONDUCTA PROCESAL DEL APODERADO DEL CENTRO DE IMPUTACION JURIDICA DEMANDADO

Dentro del término que brinda la ley, alegó de conclusión, para exponer:

“Tal como lo sostuve en el alegato de conclusión ante el *a-quo*, en el caso planteado por la parte actora no se estructura la responsabilidad de la entidad demandada por la falta o falla del servicio, al no probarse la existencia íntegra de los elementos que la constituyen: el hecho u omisión que causa el daño, un daño cierto y determinado o por lo menos determinable; y la relación de causalidad entre el hecho y el daño.

“En efecto, y así lo entendió el Tribunal Administrativo de Antioquia, en el expediente no apareció la prueba del hecho dañoso alegado por el

actor, si bien es cierto que se detectó la presencia de partículas bituminosas en la red de acueducto del demandante, pues según su fundamentación el daño se originó en trabajos ejecutados cerca a Campos de Paz, sin que se hubiera probado dicha afirmación. Esto hace que la sentencia debe ser absolutoria para la demandada pues no puede imputársele la falla en el servicio como pretendió derivarla la firma Servicolor.

“El cambio vial ejecutado por INVAL, no fue la causa del daño, no el hecho de tener un interventor de las Empresas Públicas de Medellín vigilando la calidad de los trabajos, hace que se le pueda imputar a la demandada la responsabilidad que se pretende.

“Los argumentos que sustentan la posición de las Empresas se encuentran plasmados en el alegato de conclusión al cual me remito en su integridad. Por tanto, ruego al Honorable Consejo de Estado que al momento de proferirse sentencia, se haga confirmando la decisión del Tribunal Administrativo de Antioquia. (fls. 181-182, Cuaderno Principal).

– IV –

VISTA FISCAL

La Fiscal Segunda de la Corporación, Dra. EDNE COHEN DAZA, en su concepto de fondo, **OBSERVA:**

“Debe advertirse, que las pruebas allegadas por la actora al presentar su alegato de conclusión no pueden tenerse como tal, por haber sido incorporadas al proceso de manera irregular.

“Por otra parte, ella serviría para corroborar precisamente lo afirmado por la parte demandada, en el sentido que los trabajos de esta clase son ejecutados por un ente diferente que no fue llamado a responder. Al menos así se convino en 1989 (fl. 202).

“La actora, inicialmente demandó a las Empresas Públicas de Medellín por la ejecución de unos trabajos de reparación en la tubería del acueducto, trabajos estos que al decir de la demandante se realizaron directamente por las Empresas, en las primeras semanas del mes de marzo de 1985.

“Ese fue el planteamiento de la demanda y el fundamento para solicitar los perjuicios.

“En el curso del proceso, pero sin existir una adición o modificación del libelo de demanda; la Sociedad Actora aduce una responsabilidad

de las Empresas Públicas de Medellín, ya no por la construcción o realización de unos trabajos, sino por la interventoría que realizó en los trabajos que Valorización Municipal llevó a cabo. Lo anterior resulta inadmisibile, pues por una parte, constituye un cambio en los fundamentos de la demanda o causa para pedir, y por otra, la responsabilidad por los daños que pueda producir la realización de una obra está a cargo del ente que la realizó, mas nó del que hizo la interventoría.

“En el presente caso no se logró establecer que Valorización Municipal, o más concretamente el Instituto Metropolitano de Valorización –INVAL– hayan realizado los trabajos por cuenta de las Empresas Públicas Municipales de Medellín, solamente se sabe que las obras en la tubería del acueducto, realizadas en la zona a que se refiere la demanda, no fueron hechas por el ente demandado.

“A este hecho se refieren los declarantes y finalmente fue aceptado por la misma parte demandante.

“Al expediente no se allegaron los estatutos o normas que permitan establecer, a cargo de qué entidad estaba la construcción o ensanche de redes y tubos del acueducto en el año 1985 cuando ocurrieron los hechos, lo que hubiera permitido definir y delimitar responsabilidades. La ausencia de estas pruebas y apreciando las que fueron allegadas al expediente, lleva a este Despacho a igual conclusión que el Tribunal.

“Por lo expuesto, esta Fiscalía, se permite solicitar a la Sala se confirme la sentencia apelada”. (fls. 205-206, cuaderno Principal).

— V —

CONSIDERACIONES DE LA SALA

A) La sentencia apelada será revocada, pues el *ad-quem* no hace suya la perspectiva jurídica y la valoración probatoria que hizo el *a-quo*.

En el *sub-lite* quedó debidamente demostrado que la firma demandante empezó a recibir agua sucia del acueducto, a fines de febrero o principios de marzo de 1985, circunstancia que determinó que las telas salieran manchadas, novedad que se prolongó, en el tiempo físico, por un período de unos veinte días mas o menos. Dentro de este universo depusieron el señor LUIS FERNANDO OSORIO VILLA, VICTOR DANIEL ALVAREZ y MARIA ADELFA ARBOLEDA OSPINA, quienes en lo sustancial de su deposición ilustran al sentenciador dentro del siguiente perfil:

LUIS FERNANDO OSORIO

Programador de la Empresa Servicolor desde hace siete años, dijo:

“Nosotros como a fines de febrero o principios de marzo de 1985 empezamos a notar que todas las telas salían manchadas de fool oil (sic); entonces arreglábamos y volvíamos a lavar las telas y volvían a salir manchadas y ese problema se demoró como veinte días o un mes mas o menos; por ese problema se perdieron varios clientes ... Las telas salían con unas manchas negras y *eso se debió a que el agua del acueducto salía sucia, con ese producto* ... nosotros detectamos eso como a la semana, porque se le cambiaban filtros a la tubería y salían sucios, entonces volvieron y se le cambiaron y volvían a salir sucios ... **PREGUNTADO:** ¿Empresas Públicas de Medellín atendió oportunamente la queja que hizo Tintorería Servicolor sobre la calidad del agua que le llegaba para el servicio? **RESPONDIÓ:** En esa época iban a reparar eso y hay junto de la fábrica hay un hidrante y lo abrían para botar agua un rato para ver si se limpiaba eso ...” (C. 1, fol 63 y ss.ss.).

VICTOR DANIEL ALVAREZ

Operario de la máquina textil de la empresa demandante, expuso:

“... yo me enteré que hicieron unos trabajos por ahí por Campos de Paz, hicieron unos trabajos de reparación, un daño que hubo en una tubería de agua y entonces a raíz de ese problema, *hicieron unos trabajos con brea*, cierto, y a raíz de ese problema fue que hubo daños allá en la empresa. Hubo bajón de la producción porque prácticamente, cierto, yo me dí cuenta en el trabajo de la máquina que me toca manejar que estuvo parada mucho tiempo, mas o menos un mes; y entonces, resulta que *se normalizó el trabajo*, cierto, y había que volver a bajar la producción porque *seguita saliendo mal, sucia de brea*; oi comentarios que se retiraron clientes porque se notaba en la producción ...” (C. 1, fols. 65 y ss.ss.).

MARIA ADELFA ARBOLEDA OSPINA

Operaria de una máquina en la Tintorería Servicolor, depuso, en lo sustancial, dentro del siguiente temperamento:

“... hubo un arreglo por parte de las Empresas Públicas en cercanías a Campos de Paz, la cual la tubería de Tintorería Servicolor se vió afectada con mucha brea que entraba por la tubería de Tintorería Servicolor por la cual se vió parada la empresa y se afectó la empresa ... Se afectó porque el acueducto *entraba con mucha brea por la tubería, se ensuciaba mucho la tela* y luego se volvía a procesar la tela y se volvía a ensuciar porque *entraba mucha brea por la tubería*. Ese daño duró más o menos treinta días ...” (C. 1, fol 67 y ss. ss.).

B) Al universo probatorio anterior se agrega el testimonio rendido dentro del proceso por el INGENIERO CIVIL, Sr. GERARDO SEPULVEDA VILLA, al servicio de las Empresas Públicas de Medellín, entidad en la cual se desempeñaba como INGENIERO INTERVENTOR, quien declaró, en lo sustancial dentro de la siguiente óptica:

“... En esa época se realizaron trabajos en la calle 30 con carrera 52. Eso fue aproximadamente en febrero de 1985 donde se hicieron unos empalmes de tubería 16” con una de 20”; ese trabajo era o lo realizaba el Inval, *entonces yo como interventor estuve el día de los empalmes correspondientes. Mas o menos a las 9 de la noche se colocó el agua,* posteriormente no sé si a la semana siguiente, me dí cuenta de quejas de algunas personas *por elementos posiblemente brea que llegaba del o por el acueducto ... Me tocó ver las telas afectadas o parte de la tela afectada por la brea;* efectivamente ese daño no sé cómo se podría desmanchar eso; en cuanto a el efecto que pueda tener el trabajo en el lugar donde está situada la fábrica, según las averiguaciones que hice posteriormente a las quejas o a la queja de Servicolor, *me dí cuenta que años antes había tenido efectos similares aunque en esta oportunidad fueron MAS SEVEROS. Es posible que el hecho se deba a que el agua arrastre partículas de algún sitio, posiblemente cuando se hacen suspensiones de servicio de acueducto; y también me dí cuenta que un Ingeniero de Daños de Acueducto había instalado frente a la fábrica un hidratante para descargar o hacer limpieza en forma periódica debido a quejas que existieron con anterioridad ... Es muy difícil saber de dónde son arrastradas las partículas, de qué sitio específico y mucho más difícil calcular el momento en que va a salir a determinado sitio las determinadas partículas, no sabe uno porque no sabe uno (sic) desde qué punto son arrastradas.* PREGUNTADO: Sírvase decirnos ¿por qué afirma Ud. que el trabajo lo realizaba el Inval? ¿A qué trabajo se refiere? RESPONDIO: El trabajo que me refiero se llama el intercambio vial de la glorieta de la calle 30 y que se realizaba en esa oportunidad y en el cual se hacían sustituciones de tubería de acueducto, inclusive, por mayor diámetro que la existente. PREGUNTADO: ¿Qué participación tenían las Empresas públicas en ese trabajo? RESPONDIO: **LA INTERVENTORIA DE LAS OBRAS.** PREGUNTADO: ¿Esa interventoría la ejecuta ordinariamente las EE.PP. en razón del servicio que presta? ¿O se trataba simplemente de una interventoría solicitada y contratada por el Inval? RESPONDIO: **TODAS LAS OBRAS DEL INVAL TIENEN INTERVENTORIA DE EMPRESAS DONDE SE TOCAN SUS SERVICIOS Y NO ES UNA INTERVENTORIA CONTRATADA.** PREGUNTADO: ¿Díganos si esos trabajos de cambio de tubería se hicieron con las técnicas adecuadas? RESPONDIO: Afirmativo. PREGUNTADO. Díganos si la sustancia que se encontró en el agua que llegaba a la empresa Servicolor pudo tener un origen diferente al de la conducción de acueducto de Empresas y en caso afirmativo, ¿cuál

sería ese origen? RESPONDIO: *NO CREO QUE HUBIERA TENIDO UN ORIGEN DISTINTO A LAS TUBERIAS DE ACUEDUCTO PUESTO QUE CONOCI EN LA VISITA A SERVICOLOR QUE EL CONTADOR DEL ACUEDUCTO DE SERVICOLOR SE LE HABIA COLOCADO CON ANTERIORIDAD UN FILTRO PARA TRATAR DE ATRAPAR EL ELEMENTO CONTAMINANTE...* PREGUNTADO:

¿Las conducciones tienen algún recubrimiento interno de brea? RESPONDIO: Sí, existen muchas tuberías en servicio de Empresas con recubrimiento interno de brea, son tramos de tubería que están recubiertos, no son todas. PREGUNTADO: ¿La tubería madre que lleva el agua hasta donde se encuentra la fábrica Servicolor es de las que tienen recubrimiento de brea? RESPONDIO: Existen algunos tramos, si mal no recuerdo, cerca a la glorieta de la calle 14 con la carrera 52 ... PREGUNTADO: Podría Ud. precisarnos ¿cuál pudo ser la causa concreta del problema que se presentó en el servicio de agua prestado por E.E. P.P. de Medellín a Servicolor Limitada cuando en marzo de 1985 formuló la queja correspondiente? RESPONDIO: *Creo que la causa se debió a la interrupción del servicio y a tener un caudal mayor lo que ocasionó el arrastre de las partículas que causaron el inconveniente a Servicolor, porque también supe de otra oportunidad unos cinco años antes de este inconveniente, cuando al reparar un daño en la carrera 52 con calle 17, aproximadamente, se restableció el servicio y esta empresa tuvo inconvenientes similares.* PREGUNTADO: ¿Durante cuántos días se presentó interrupción en el servicio de conducción de agua por el sector que alimenta a la Tintorería Servicolor Limitada para la época de febrero o marzo de 1985 y por qué razón se presentó la interrupción? La interrupción del servicio de acueducto fue un día, un domingo. PREGUNTADO: ¿Sirvase decir si los técnicos de EE.PP. de Medellín podían prever los posibles problemas que con los trabajos realizados podían ocasionarse a empresas que como Tintorería Servicolor Limitada presta el servicio de teñir telas? RESPONDIO: Se toman todas las precauciones para que el agua llegue en buenas condiciones al consumidor. *Sin embargo en este caso que pienso sea el arrastre de partículas de algún sitio, es muy difícil prever consecuencias posteriores ..."* (C. 1, fols. 70 y ss.ss). (Subrayas de la Sala).

B) Para la Sala el testimonio rendido por el Ingeniero Civil Gerardo Sepúlveda Villa, interventor del centro de imputación jurídica demandado, sería suficiente para concluir que, en el caso en comento, el servicio público de suministro de agua, funcionó anormalmente, y, por lo mismo, las Empresas Públicas de Medellín deben indemnizar los daños causados. Y se predica que funcionó así, porque el usuario, en este caso la Tintorería Servicolor Ltda., recibió el líquido sucio, a causa de trabajos llevados a cabo por el Inval, pero para su beneficio y controlados y supervisados por su INTERVENTOR. El acervo probatorio demuestra que en la glorieta de la calle 30 se hicieron sustituciones de tubería del acueducto por una de mayor diá-

metro, trabajos que no eran desconocidos para las empresas, pues en todo momento estuvieron supervisados por su interventor, el Dr. Gerardo Sepúlveda Villa persona bajo su exclusiva dependencia y subordinación. Por lo demás, del testimonio rendido por éste se infiere que la sustancia que se encontró en el agua tuvo origen en las tuberías del acueducto, que en algunos sectores están recubiertas de brea. El mismo deponente precisa muy bien que para llevar a cabo los trabajos realizados por INVAL se interrumpió el servicio, el cual, al reanudarse con mayor caudal, provocó el arrastre de las partículas que causaron los daños a la empresa demandante. En este momento del discurso el fallador se pregunta: ¿Fueron consentidos o autorizados esos trabajos por las Empresas Públicas de Medellín? La respuesta es necesariamente positiva, pues su silencio condicionado permite llegar a esa verdad. En la interpretación de la conducta humana, que en más de una ocasión resulta de mayor interés que la de la propia ley, se vivencia, que no estaría acorde con la lógica de lo razonable, que un funcionario suyo, a ciencia y paciencia, permitiera la ejecución de trabajos tan delicados como el cambio de redes, sin su asentimiento expreso o tácito. Pero es más: El declarante señor JORGE ENRIQUE LOPEZ SANIN, Jefe de la Sección Daños Acueducto Zona Sur, parece participar de ese mismo enjuiciamiento cuando dice: "Creo que es una decisión tomada en conjunto por el Inval y el Ingeniero Gerardo Sepúlveda Interventor de las Empresas Públicas" (C. 1, fol. 75).

Los servicios públicos deben prestarse en forma normal y los usuarios tienen el derecho subjetivo de exigir que se les indemnicen los perjuicios que con ocasión de su prestación se causen, cuando a la luz de la ley y el derecho no estén obligados a soportar el daño de que se trate. En el caso en comento resulta imposible aceptar que hubo prestación NORMAL del mismo, cuando el agua circuló por las tuberías SUCIA, en tal grado, que causó daños a la firma demandante.

La Sala reitera en esta ocasión la pauta jurisprudencial que fijó en sentencia de 30 de noviembre de 1989, Expediente Nro. 5424, Actor: Edgár Méndez Peláez, en el sentido de que en caso de funcionamiento ANORMAL DE LOS SERVICIOS PUBLICOS la administración no puede presentar título justificativo alguno para que el particular cargue con los daños, salvo el caso de fuerza mayor. La hipótesis del funcionamiento anormal del servicio —se recuerda— es una de las victorias conseguidas en el camino de la RESPONSABILIDAD OBJETIVA de la administración. Por ello, en el evento de que tal realidad se dé, esta no puede presentar título justificativo alguno para que el usuario del servicio cargue con los daños, salvo el caso de fuerza mayor.

C) La Sala no hace suya la perspectiva jurídica que defiende el procurador judicial de la parte demandada en su alegato ante el *a-quo* cuando afirma: "Si hipotéticamente afirmáramos que la sustancia fue colocada en las obras que ejecutaba INVAL, no existe responsabilidad para las Empresas

pues se configura la existencia de la ACTIVIDAD DE UN TERCERO en la causación del daño que rompe el nexo de causalidad exigido para que se configure la falla del servicio. Tal responsabilidad recaería directamente sobre el Inval y nó sobre las Empresas” (C. 1, fol. 146). Y no la patrocina, porque en el estadio actual del derecho administrativo, “La concurrencia del HECHO DE UN TERCERO con la actuación administrativa para, conjuntamente ocasionar un daño, plantea la cuestión doctrinal del “CONCURSO DE CAUSAS”, que en general tiende a resolverse estableciendo la RESPONSABILIDAD SOLIDARIA de todos los particulares al objeto de que el particular dañado pueda obtener rápidamente su indemnización de quien crea oportuno. El condenado al pago de la indemnización puede luego reclamar al coautor su parte de responsabilidad”, como lo recuerda bien el Profesor J.M. de la Cuétara en su obra La Actividad de la Administración, pág. 580, en el párrafo que se deja transcrito.

La Sala registra, sin embargo, que el mandatario judicial de las Empresas Públicas de Medellín, maneja vivencias de contradicción en la presentación del HECHO DE UN TERCERO, pues en el párrafo que se dejó transcrito endilga toda la responsabilidad a INVAL, mientras que unos párrafos más adelante, y en el mismo escrito, la elimina, al discurrir dentro del siguiente temperamento:

“De otro lado, los trabajos realizados por INVAL en la calle 30 con la 65 NO TIENEN INFLUENCIA EN EL LUGAR DONDE SE ENCUENTRA UBICADA LA COMPAÑIA SERVICOLOR, POR TANTO, NO EXISTE RELACION DE CAUSALIDAD ENTRE LA SUSTANCIA ENCONTRADA EN EL PROCESO DE TINTURA ADELANTADO POR EL DEMANDANTE Y LOS TRABAJOS EJECUTADOS POR EL INVAL, máxime si se tiene en cuenta que el mismo representante legal de la tintorería manifiesta que con anterioridad a los meses de febrero y marzo, época de los trabajos de la calle 30, se presentaban los mismos fenómenos de suciedad pero en menor intensidad”. El razonamiento jurídico, en este aparte del alegato, favorece las pretensiones del demandante y lleva a recordar el famoso *TO BE OR NOT TO BE* de Shakespeare.

D) Demostrado que en el *sub-lite* se prestó en FORMA ANORMAL EL SERVICIO, y que el nexo causal no fue roto, se impone tasar el monto del daño. En este particular la Sala acoge el dictamen pericial, debidamente aclarado y ampliado, que lo fijó en la suma de CINCO MILLONES OCHOCIENTOS NOVENTA Y NUEVE MIL CINCUENTA Y CINCO PESOS (\$5.899.055.00), con apoyo en la siguiente fundamentación:

“1o. El total de la producción en el mes de marzo de 1985 – 24 días- época en que se ocasionó el daño en la tubería instalada por las EE.PP., motivo de la demanda, ascendió a 60.815 Kilogramos, que tomada a un promedio de \$97.00 totalizan un valor de \$5.899.055.00, esta produc-

SECCION TERCERA

ción se dañó en su totalidad y hubo de procesarse nuevamente, con un sobrecosto del 100% o sea que cada Kilogramo quedó con un costo promedio de \$194.00 y que cobrado a \$97.00 dió igualmente \$97.00 de pérdida por cada uno.

“2o. La totalidad de la producción fue preprocesada, pero como se dijo antes los costos fueron dobles.

“3o. Consecuencialmente por lo expuesto en los numerales anteriores, la pérdida por Kilo promedio ascendió a la suma de \$97.00, para un total de \$5.899.055.00.

“El informe anterior está naturalmente basado en los libros de contabilidad, comprobantes, soportes y correspondencia de la Empresa “TINTORERIA SERVICOLOR LTDA.” (fls. 123-124, cuaderno principal).

Se actualizará la condena, tal como fue pedido en la demanda, y con aplicación de la siguiente fórmula:

$$Vp = vh \frac{\text{Indice Final (Fecha de ejecutoria de esta sentencia)}}{\text{Indice Inicial (marzo de 1985)}}$$

Vp = Valor presente o actualizado de la condena;

vh = Valor histórico de la indemnización en marzo de 1985, esto es, (\$5.899.055.00)

I. Final = Indice final de precios al por mayor que certifique el Banco de la República a la fecha de ejecutoria de este fallo.

I. Inicial = El vigente en marzo de 1985.

Como lucro cesante se aplicará la tasa del seis por ciento (6%) anual sobre el valor histórico; a partir del 1o. de marzo de 1985, y hasta el momento de ejecutoria de este fallo; teniendo el buen cuidado de no cobrar intereses de intereses.

E) Como en el momento procesal oportuno se llamó en garantía a la Cía. La Previsora S.A., se condenará a ésta a pagar a las Empresas Públicas de Medellín la suma que con ocasión de este fallo tenga que cubrir ésta y hasta el monto amparado por la póliza No. RCE-163 vigente desde septiembre 4 de 1984 y hasta septiembre 4 de 1985.

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 dieciocho.(18) de mayo de mil novecientos noventa (1990), proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, dentro del proceso del rubro, por las razones dadas en los considerandos de este proveído, y, en su lugar,

RESUELVE:

A) DECLARASE que las EMPRESAS PUBLICAS DE MEDELLIN, son administrativamente responsables de los daños y perjuicios materiales ocasionados a la sociedad denominada TINTORERIA SERVICOLOR LTDA., dentro del marco de circunstancias que se dejaron expuestas en el presente fallo;

B) Como consecuencia de la declaratoria anterior, se condena a las EMPRESAS PUBLICAS DE MEDELLIN a pagar a la sociedad TINTORERIA SERVICOLOR LTDA. por perjuicios materiales (daño emergente) la suma de CINCO MILLONES OCHOCIENTOS NOVENTA Y NUEVE MIL CINCUENTA Y CINCO PESOS (\$5.899.055.00), debidamente actualizada, con aplicación de la siguiente fórmula:

$$V_p = v_h \frac{\text{Indice Final (Fecha de ejecutoria de esta sentencia)}}{\text{Indice Inicial (marzo de 1985)}}$$

Esta condena se hace en concreto y para la formulación de la cuenta bastará acompañar los índices de precios al por mayor certificados por el Banco de la República, en los dos momentos en el tiempo físico que se recogen en la fórmula anterior:

Se condena, igualmente, a las Empresas Públicas de Medellín, a pagar, por concepto de lucro cesante, un interés del seis por ciento anual (60/o) sobre el monto histórico de cinco millones noventa y nueve mil cincuenta y cinco pesos (\$5.899.055.00), a partir del primero de marzo de 1985 y hasta el momento en que quede ejecutoriada la presente sentencia, teniendo el buen cuidado de no cobrar intereses de intereses;

C) Se condena a la Compañía de Seguros LA PREVISORA S.A. a pagar a las Empresas Públicas de Medellín la suma que con ocasión de este fallo tenga que cubrir ésta, hasta el monto amparado por la póliza No. RCE 163, vigente desde el cuatro (4) de septiembre de mil novecientos ochenta y cua-

SECCION TERCERA

tro (1984) y hasta septiembre cuatro (4) de mil novecientos ochenta y cinco (1985).

D) Deniéganse las demás pretensiones de la demanda.

E) A este fallo se le dará cumplimiento en los términos establecidos en los artículos 176 y 177 del C.C.A.

2o.) Ejecutoriado el presente fallo, devuélvase el expediente al tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE.

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

REVOCACION DIRECTA DEL ACTO—Improcedencia/PERMISO DE EXPLOTACION/EXPLOTACION DE MINAS

Los actos acusados se dictaron para dejar sin efecto, en la práctica, las resoluciones en virtud de las cuales se otorgó un permiso y se brindó protección a los titulares del mismo. El proceder de la administración buscó eludir el mandato del art. 73 C.C.A., que prohíbe revocar los actos de carácter particular y concreto, salvo que se cuente con el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular. Es incuestionable que se desvió el fin del acto administrativo.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Santafé de Bogotá, D. C., noviembre siete (7) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Dr. Julio César Uribe Acosta.*

Referencia: Expediente No. 5838. Actor: Luis Hernando Rodríguez y Otros.
Demandado: Ministerio de Minas y Energía.

I

Por conducto de apoderado, legalmente constituido, los señores LUIS HERNANDO RODRIGUEZ G., CARLOS ENRIQUE RODRIGUEZ y RUBEN DARIO LLINAS R., solicitaron que se hicieran las siguientes declaraciones:

“1a.— La nulidad de las Resoluciones Nros. 003844 del 21 de noviembre de 1988 y 000286 del 2 de febrero de 1989, emanadas del Minis-

terio de Minas y Energía, por medio de las cuales se quebrantó la situación jurídica subjetiva, particular y concreta que se había creado, en favor de dichos poderdantes, por medio de la Resolución No. 000557 de 16 de marzo de 1988, del citado Ministerio, que les otorgó el Permiso radicado bajo el No. 5811, para la explotación de arcillas y demás minerales permisibles de la reserva nacional, en un predio ubicado en jurisdicción del municipio de Madrid, Departamento de Cundinamarca, en una extensión de 13Hts. 4375 M², alinderado como se expresa en dicho acto administrativo; situación jurídica confirmada por medio de la Resolución No. 582 del 25 de abril de 1988, que comisionó al señor Alcalde de Madrid (Cund.) para que hiciera a dichos intereses la entrega de la referida zona; y luego reafirmada por medio de la Resolución No. 002155 de 14 de julio de 1988 que ordenó al mismo Alcalde "tomar las medidas que sean necesarias para garantizar a los titulares del Permiso de la referencia (No. 5811) el ejercicio pacífico de sus derechos a explorar y explotar las áreas que le sean otorgadas", de conformidad con lo señalado en el Artículo 207 del Decreto 2477 de 1986.

"2a.— Que como consecuencia de la anterior declaración se declare inadmisibles e infundada la oposición presentada por el señor Hernando Leañó Orozco y el mantenimiento del Statu Quo a que se refieren los actos aquí demandados; y se ordene el restablecimiento del derecho de mis poderdantes a la exploración y explotación de los minerales a que se refiere el Permiso No. 5811 (Resolución No. 000557 de 16 de marzo de 1988), sin interferencias de ninguna clase, ya que se trata de sustancias minerales de propiedad de la nación.

"3a.— Que la nación debe indemnizar a mis poderdantes por los perjuicios que han sufrido y los que tienen que sufrir, hasta cuando se les restablezca en la posesión de su Permiso otorgado No. 5811, los cuales se estimarán y liquidarán de conformidad con las normas procesales aplicables". (Fls. 42-43, C. 1).

La Causa Petendi se recogió a través de la siguiente literatura:

"1o.— Las sustancias minerales, principalmente arcillas y areniscas, existentes en la zona del Permiso otorgado No. 5811, había sido objeto de un Permiso anterior (No. 810), del cual era titular el señor Pedro Barrault, a quien se le canceló por medio de la Resolución No. 002177 del 18 de octubre de 1983, época en la cual eran contratistas de explotación los señores Luis Hernando y Carlos Enrique Rodríguez. Estos para proteger las inversiones que allí habían hecho, solicitaron nuevo Permiso al Ministerio de Minas, el 15 de diciembre de 1983, el cual se radicó bajo el No. 5811.

“2o.— El 6 de mayo de 1985 el Ministerio dicta su Resolución No. 00554 (casi año y medio después de haberse presentado la solicitud anteriormente mencionada) y, por medio de ella, rechaza la No. 5811. Fundamento básico: La C.A.R., en concepto fechado el 30 de enero de 1985, “recomienda no conceder el Permiso por cuanto se superpone al Permiso *que adelanta ante esa Corporación* el señor Hernando Leafios... “ante el concepto rendido por la C.A.R., la solicitud debe ser rechazada, ya que los trabajos que deben realizarse interfieren con los del titular del Permiso *concedido por esa Corporación*”. (He subrayado).

“3o.— Ante semejante despropósito —conocido cuando se habían vencido los términos para recurrir— solicito revocación directa, en memorial de 3 de septiembre de 1985, “por ser opuesta a la Ley 1a. de 1984 y causar agravio injustificado a los peticionarios, al desconocerles su derecho preferencial a recibir la zona del Permiso solicitado”. Mis razones: “La C.A.R. no puede conceder permisos para la explotación de minerales, ya que la Ley 3 de 1961, orgánica de dicha Corporación, en su artículo 4o. señala, dentro de sus objetivos: m) Promover la mejor y más adecuada exploración y explotación de los recursos mineros, pudiendo constituir o impulsar empresas destinadas a tal fin y suscribir los aportes correspondientes, desarrollando el artículo 2o., que habla de sus finalidades principales así: promover y encausar el desarrollo económico de la región en ... lo minero”. El Ministerio de Minas acoge estas tesis en su Resolución No. 218 de 8 de abril de 1986 y añade:

“Agrega el doctor Llinás que una cosa es promover el desarrollo económico y técnico y otra muy distinta otorgar o conceder permisos para explotar minerales. Y que en el caso de existir algún decreto reglamentario o acuerdo desarrollista de la CAR, que le hubiese revestido de esa facultad, quedó derogado con la Ley 1a. de 1984, que en su artículo 3o. literal m) le confiere dicha potestad sólo al Ministerio de Minas y Energía, y cuyo artículo 74 deroga todas las disposiciones que le sean contrarias”.

“Para resolver se considera:

“Efectivamente, tiene razón el doctor Llinás Pimienta al afirmar que la Ley 1a. de 1984, determinó como función del Ministerio de Minas y Energía el conocimiento y trámite de las solicitudes propuestas de permisos, concesiones, aportes, licencias, etc., para la exploración y explotación de minerales; como también que dicha norma derogó toda disposición en contrario. Cabe anotar que la Ley no hizo excepción para ningún mineral. Por tanto, se concluye que la resolución de la referencia es opuesta a la Ley citada y *con ella se causó un agravio injustificado a los interesados en la solicitud de Permiso No. 5811*. En consecuencia, dándose los presupuestos comprendidos en el artículo 69 del Código

Contencioso Administrativo, es el caso de revocar la resolución, tal como lo solicita el doctor Llinás". (He subrayado).

"4o.— El señor Hernando Leño, cuyo pretendido derecho preferencial a explotar los minerales en la zona del Permiso 5811 habían defendido "de oficio" los funcionarios de la Sección Técnica (hoy de Estudios de Ingeniería), con el supuesto respaldo de la CAR, también introdujo solicitud de Permiso, sobre aquella zona, ante el Ministerio de Minas y Energía, que se radicó bajo el No. 5817 el día 19 de diciembre de 1983, es decir, con posterioridad a la fecha en que los señores Rodríguez habían radicado su solicitud No. 5811. Después de otros incidentes reiterativos con la Sección Técnica y un año después de la comentada Resolución No. 218 de abril de 1986, el Ministerio, por medio de la No. 603 de 24 de abril de 1987, rechazó la solicitud No. 5817, la cual se envió al Archivo el 6 de septiembre de 1987, donde no la han dejado descansar en paz!

"5o.— Casi un año después de la mentada Resolución 603 de 1987, es decir, cuando la Sección Técnica (o de Estudios de Ingeniería) no encontró razón o hecho para más demorar y emitió su concepto favorable para la prosperidad del Permiso 5811, éste fué otorgado a mis poderdantes por medio de la tan citada Resolución 000557 de 16 de marzo de 1988. Y por medio de la No. 582 del 25 de abril subsiguiente, en vista de haberse cumplido los requisitos legales "Y NO HABIENDO SE FORMULADO OPOSICION", se comisionó al señor Alcalde Municipal de Madrid (Cund.) para llevar a cabo la entrega de la respectiva zona a los solicitantes del Permiso 5811 y se libró oficio o despacho No. 117.

"Es muy importante tener en cuenta las instrucciones que el Ministerio suele insertar en esos Despachos Comisorios, de acuerdo con normas precisas del Estatuto Minero: "La entrega se entiende consumada en el momento que sea firmada el Acta y en ella no se admitirá oposición alguna distinta de la prevista en el Artículo 115 del Decreto 2477 de 1986. En este caso la Alcaldía Comisionada se limitará exclusivamente a dejar constancia de la oposición en la diligencia y anexar al Acta los documentos presentados por el opositor para su envío al Ministerio".

"Este texto merece el siguiente comentario: La moderna diligencia de "entrega de la zona" corresponde a la tradicional "posesión de la mina" reglamentada por el aún vigente Código de Minas. Lo mismo puede predicarse del incidente de oposiciones que éste Código regula en su Capítulo VI, con la diferencia de que en éste, la oposición se podía presentar, también dentro de la diligencia de posesión, pero tenía la virtualidad —que no existe en el Estatuto Minero actual— de hacer suspender aquellas diligencia y se concedía al opositor un término para "forma

zar" dicha oposición ante el respectivo juez, con la advertencia de que si nó lo hacía, su oposición se consideraba desierta o abandonada y se podía continuar con la diligencia de posesión. Actualmente, yo diría desde la Ley 85 de 1945, el comisionado para hacer la entrega de la zona minera no puede ni debe suspenderla porque alguien se oponga alegando estar explotando la mina, La entrega debe consumarse y al opositor se le recibirán —si es que las tiene a la mano— las pruebas en que apoye su pretensión y se le instituirá para que acuda al Ministerio "a formalizar" esa oposición, es decir a comprobar que" reúne los requisitos de estar realmente explotando la zona y, sobre todo, de que sus trabajos se iniciaron con anterioridad a la fecha de presentación de la solicitud de quien o quienes están autorizados legalmente para explorar y explotar la mina.

"6o.— La citada comisión conferida al alcalde de Madrid no se llevó a cabo porque los interesados pidieron al Ministerio que dicha diligencia se llevará a cabo por un funcionario del propio Ministerio; a lo cual se accedió por medio de la Resolución No. 001896 de 24 de junio de 1988, en ejecución de la cual la Dra. Nelly Maldonado Gamboa realizó la entrega el 5 de julio de 1988. En el acta se lee que un señor de nombre Luis Fernando Gómez compareció al acto de esa diligencia para manifestar que "tiene un contrato de explotación HACE MENOS DE UN AÑO con el dueño del terreno señor Hernando Leañó, que por lo tanto hablará con el citado señor". (Mayúsculas mías).

"7o.— En presencia de ese hecho, que constituye una de las situaciones contempladas en el artículo 207 del Decreto 2477 de 1986, pedí al Ministerio que se ordenara al señor Alcalde de Madrid que procediera a tomar las medidas necesarias para garantizar a los titulares del Permiso 5811 "el ejercicio pacífico de sus derechos a explorar y explotar las áreas que les han sido otorgadas". El Ministerio, considerando que existe el Permiso 5811 legalmente otorgado y que "el artículo 207 del Decreto 2477 de 1986 invocado por el apoderado faculta al Ministerio de Minas y Energía, para vigilar la conservación y mejora de las minas, asimismo para dictar todas las providencias indispensables, para garantizar a los titulares de licencias, permisos, concesiones y aportes, el ejercicio pacífico de sus derechos a explorar y explotar las áreas que le fueron otorgadas, para lo cual se contará con el apoyo de las autoridades seccionales y locales", por medio de la Resolución 002155 de 14 de julio de 1988, resolvió: "Conceder la Protección solicitada mediante apoderado a los señores Luis Hernando Rodríguez G., Carlos Enrique Rodríguez y Rubén Darío Llinás R., y ordenar el desalojo de todas las personas distintas de los titulares que se encuentren trabajando en la zona objeto del Permiso No. 5811". Esta providencia no fué objeto de recurso o reclamo y quedó ejecutoriada, por lo cual el 24 de agosto subsiguiente el Ministerio libró el ordenado oficio al señor Alcalde de

Madrid, quien procedió a cumplir lo ordenado, como se vé en el Acta levantada en la zona del Permiso 5811, el 27 de septiembre de 1988, en la cual quedó constancia de que "no se presentó oposición legal como lo estipula el estatuto minero en su Art. 163" y que "se procede al desalojo de la zona". Está la constancia de que el señor Luis Fernando Gómez Morales se negó a firmar la diligencia, habiéndose hecho por él un testigo requerido al efecto.

"8o.— En este momento la titularidad de los señores Rodríguez y Llinás respecto del Permiso 5811 es perfecta. Los actos administrativos creados por el Ministerio de Minas, al otorgar el Permiso, rechazar las oposiciones con apoyo en la CAR y amparar enérgicamente la posesión de la zona minera, dieron origen a una situación subjetiva, particular y concreta en cabeza de los titulares de aquel Permiso, que no podía ni puede ser desconocida, suspendida o revocada sin la anuencia expresa de ellos. Sin embargo, lo que yo he llamado "la humana propensión fatalista a la sofística motivada" hizo su aparición por medio de la Resolución No. 003844 de 21 de noviembre de 1988, para decretar el mantenimiento" del "statu quo" reinante antes del 27 de septiembre de 1988 dentro del área objeto de la oposición presentada por el señor Hernando Leño Orozco al Permiso No. 5811 y hasta que el incidente sea fallado".

"Cuáles fueron los motivos, las causas legales para, de ese modo, paralizar el justo derecho y, prácticamente, anular los fines esenciales del Permiso? La misma Resolución los expone así: "En cuanto a la oposición presentada *se hace indispensable* enviar el expediente a la Sección de Estudios de Ingeniería para su correspondiente estudio. (Como el señor Leño dice que se opone sobre 36 hectáreas y el 5811 sólo tiene 13, se debe precisar técnicamente eso de la alegada superposición, mediante inspección sobre el suelo. Antes de esto nadie puede saber si hay colisión o nó de superficies). Referente a lo solicitado por el Dr. Moscoso el 30 de septiembre del presente año, tenemos que el 29 de septiembre del año en curso el señor Hernando Leño Orozco, obrando por intermedio de apoderado formuló oposición al Permiso No. 5811, perteneciente a los señores Luis Hernando Rodríguez G., Carlos Enrique Rodríguez y Rubén Darío Llinás R., para la exploración y explotación de arcilla y demás minerales permisibles, ubicado en jurisdicción del municipio de Madrid, Departamento de Cundinamarca. Por consiguiente (?), el opositor tiene derecho a que se mantenga el *Statu Quo*, existente con anterioridad al 27 de septiembre de 1988, dentro del área de oposición hasta que dicho incidente sea resuelto". Toda esta motivación y la que, con el propósito de respaldarla, aparece en la comunicación de la Secretaría General (en respuesta queja directa mía al señor Ministro, fols. 115, 116, 118 y 119) ha sido traída por los cabellos y es notoriamente falsa y acomodaticia. Pero de esto me ocuparé más adelante.

“9o.— Contra esa explosión de incongruencias (por no decir absurdos) jurídicas escribí un bien estudiado, meditado y didáctico memorial (fls. 122, 123, 124 y 125), que luego leer con atención propia de ese augusto Tribunal, para que compartan conmigo el sentimiento de asombrosa incredulidad que produce la lectura de la pobre y desmirriada, “PERO FRIAMENTE CALCULADA” respuesta contenida en la Resolución No. 000286 de 2 de febrero de 1989, que (ni más faltaba!) confirma la que había sido recurrida y, especialmente (y aquí “pareció el peine”) me advertía que “queda agostada” (qué bien significativo el verbo!) la vía gubernativa”. Se quemaba, así y se enterraba el pobre Permiso 5811. Y todos tan contentos...!

“De acuerdo con la constancia dada por el Jefe de la Secretaría Jurídica de Minas de la Dirección General de Asuntos Legales”, dicha Resolución “quedó legalmente ejecutoriada el 20 de febrero de 1989, a las 4:45 P.M.”. (Fls. 43-47. C. 1).

Bajo el rubro “NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACION”, el procurador judicial de la parte actora discurre en la demanda dentro del siguiente universo:

“1o.— Para mejor orden del discurso debemos seguir el desarrollo de los hechos que hemos dejado relatados. Y así nos encontramos con un acto administrativo firme: la Resolución No. 000557 de 16 de marzo de 1988, por medio de la cual se les otorgó a mis poderdantes el derecho exclusivo a la exploración y explotación de los minerales de arcilla y demás permisibles de la reserva nacional, por medio del Permiso No. 5811. Esa situación jurídica, subjetiva, particular y concreta de dichos ciudadanos, se consolidó con la Resolución No. 582 de 25 de abril de 1988, que ordenó la entrega de la zona y recibió su concreción definitiva con la Resolución No. 002155 de 14 de julio de 1988, que decretó el amparo policivo que los titulares del Permiso 5811 habían solicitado al Ministerio, cuando la persona que se encontró en la zona de dicho Permiso se opuso físicamente a que se consumara la entrega. La autoridad local de policía desalojó posteriormente a ese ocupante y la diligencia de posesión pudo ejecutarse toda.

“2o.— Posteriormente aparece el señor Hernando Leañó Orozco (de quien el mencionado opositor alegó derivar el derecho a oponerse) y, por medio de apoderado formula oposición al Permiso ya otorgado No. 5811, alegando ser explotador el mismo Sr. Leañó y agregando que se apoya en la resolución No. 2294 de 7 de julio de 1987, emanada de la CAR. Pide, entonces que, como primera medida se decrete el *Statu Quo*, “existente con anterioridad al 27 de septiembre de 1988” y basado, afirma, en la doctrina del Art. 207 del Decreto No. 2477 de 1986.

El Ministerio accede a lo pedido y produce la Resolución No. 003844 del 21 de noviembre de 1988, que ordena mantener el "*Statu Quo*".

"3o.— Así pues, acusó a dicha Resolución de ser violatoria del mismo art. 207 en que dice apoyarse, por infracción directa, abuso de poder y desviación de poder.

En efecto, la citada locución latina no ha sido jamás de recibo en la legislación y la jurisprudencia minera colombianas. Siempre ha pertenecido al lenguaje y a las instituciones del Derecho Internacional y de la Diplomacia. No tiene base en ninguna norma de nuestro derecho positivo y, en consecuencia, no se le puede crear por vía jurisprudencial sin incurrir en abuso del derecho, desviación de poder y en falsa motivación. Repasemos el texto 207: "CAPITULO XIX— Inspección y Vigilancia".— "Corresponde al Ministerio de Minas y Energía, de acuerdo con el artículo 7o. del Código Fiscal, la conservación y mejora de las minas. En consecuencia, *deberá* tomar todas las medidas y dictar todas las órdenes necesarias para "impedir la *explotación ilegal* de dichas minas. Así mismo, *dictará* todas aquellas providencias que sean indispensables para garantizar *al titular* de licencias, permisos, concesiones y aportes, el ejercicio pacífico de sus derechos a explorar y explotar las áreas que le hayan sido *otorgadas*. Las autoridades seccionales y locales deberán en forma inmediata prestar apoyo y cumplir tales medidas u órdenes". Analicemos el texto: a) campea allí el imperativo *deberá*, para significar que no se trata de una función discrecional sino obligatoria para impedir toda *explotación ilegal*, que no es otra que la realizada por quien o quienes no tienen titularidad legal, es decir, título emanado del Ministerio de Minas; b) se ordena dictar todas las medidas indispensables para garantizar, es decir, para afianzar, asegurar *al titular* de ... permisos ... el ejercicio pacífico de sus derechos a explorar y explotar las áreas que le hayan sido *otorgadas*; y quien o quienes son titulares en áreas otorgadas sino aquellos a quienes el Ministerio de Minas, otorga el derecho de explorar y explotar en áreas determinadas, por medio de una Resolución. Dicho de otra manera: la norma a tiempo que impide toda explotación ilegal, ordena proteger a quien el Ministerio haya otorgado un título minero (como dice el nuevo Código de Minas), porque esa persona, y por ese medio, es titular de ese derecho a explorar y explotar. (Vale la pena anotar que este texto comentado es del mismo tenor del Art. 247 del Decreto 1275 de 1970 —Estatuto Minero— de que jamás se hizo el uso abusivo y absurdo que he venido censurando). Subsumiendo la doctrina de la norma en comento en el hecho que dió origen a la Resolución cuya nulidad demando, tenemos: 1) Mis poderdantes recibieron título legal para operar en el Permiso No. 5811; 2) Se ordenó a la Alcaldía de Madrid la entrega del área otorgada; 3) Como fuesen despojados de la posesión que legalmente se

les dió, en aplicación recta, honesta y jurídica de la doctrina del Art. 207 del Decreto 2477 de 1986, se le ordenó al mismo Alcalde de Madrid, el desalojo de las personas, distintas de los titulares del Permiso 5811, que se encontrasen en el área de éste. Así se hizo y se recuperó la posesión regular del área de ese Permiso; 4) Se presenta la oposición del señor Leño y por el solo hecho de presentarla se cree con derecho a impetrar un "*statu quo*", para que las cosas en el área del Permiso regresasen a la fecha en que mis poderdantes habían sido despojados de su posesión legal y regular; 5) Para pasmo nuestro, las mismas autoridades que habían ordenado garantizar, afianzar y asegurar la posesión de la mina en homenaje a la indiscutible titularidad de mis poderdantes, con inaudita *sans facon* otórgan el "*Statu Quo*" y le ordena al estupefacto alcalde, que saque a los dueños del permiso y ampare a quien no tiene más título que el apoyo de sus amigos!

"No hace falta más esfuerzo de hermenéutica para dejar demostrado el abuso de poder, que le permitió al Ministerio, sin tener competencia para ello, darle otro sentido, otra interpretación, otro alcance a la doctrina del Art. 207, para dejar sin valor la Resolución 000557 de 16 de marzo de 1988 y desconocer, atropellar y, en esencia, revocar la situación jurídica, subjetiva, particular y concreta que aquella Resolución había creado para mi parte.

"En este punto llamo la atención acerca de la violación directa, sin disimulo, del Art. 73 del Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984), conforme al cual "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".

"Acuso la Resolución No. 003844 de 21 de noviembre de 1988, varias veces ya citada, por violación directa de la Ley 1a. de 1984 y por estar apoyada en falsas motivaciones. Veamos:

La ley 1a. de 1984 atribuyó al Ministerio de Minas y Energía, en forma exclusiva y excluyente, la competencia para conocer y resolver todo lo relacionado con solicitudes de permisos, licencias, concesiones y aportes de toda clase de minerales, sin excepción alguna; además, deroga todas las disposiciones que le sean contrarias. Por su parte, la citada Resolución trae como causa, motivo o fundamento jurídico-fáctico de lo por ella resuelto, lo siguiente:

"4o.- Que la Corporación Autónoma Regional de las Cuencas de los Ríos de Bogotá, Ubaté y Suárez (CAR), mediante providencia No. 2294 de julio 7 de 1987, le concedió el permiso para explotar recebera" (al señor Hernando Leño Orozco).

“5o.— Que la CAR, es la entidad competente para otorgar permisos para la explotación y explotación de receberas, arenas y canteras”.

“6o.— Que en la zona del Permiso No. 5811 se explota únicamente materiales de recebo para construcción y nó minerales de arcilla”.

“7o.— Que los titulares del Permiso de la referencia lo que buscan es explotar recebera”.

“8o.— Que este Ministerio no puede desconocer los derechos legítimamente adquiridos por el señor Hernando Leaña Orozco”.

“Vamos a recordar que en el año de 1985, estando en trámite la solicitud de Permiso No. 5811, se esgrimió la existencia de un Permiso otorgado por la CAR a favor del señor Leaña y que por esta insólita razón se rechazó aquella solicitud. Pero solicitada por el suscrito su revocatoria directa por ser violatoria de la Ley 1a. de 1984 y presentada, en forma exhaustiva la argumentación indispensable, se consiguió la revocatoria, por medio de la Resolución No. 218 de Abril 8 de 1986, que quedó ejecutoriada, haciendo tránsito a cosa juzgada administrativa.

Es así como esta aparición de la CAR y consiguiente atribución a conceder u otorgar permisos mineros, es un fantasma jurídico que llega del archivo para encontrarse con la fuerza destructora de la cosa juzgada, que regula el Código de Procedimiento Civil, y que, no contemplada por el C.C.A. puede aplicarse en este caso, en virtud del mandato contenido en el Artículo 267 del citado Código Contencioso Administrativo.

Ese cadáver jurídico se nos trae ahora para espantarnos, creyendo que se le puede infundir nueva vida citando su ley orgánica o 3a. de 1961 y sus acuerdos Nos. 13 de 1980 y 05 de 1984, que la desarrollan, cuando para los efectos del negocio minero, la Ley 1a. de 1984 no sólo reglamentó íntegramente la materia de la competencia administrativa, sino que derogó, expresamente, todas las disposiciones que le fueren contrarias.

Nadie, pues, puede alegar, sensatamente, que algún derecho que pretenda apoyarse en su fementida competencia en el campo minero, pueda ostentar, audazmente, el carácter de legítimo.

En consecuencia, al sentar esas tesis el Ministerio de Minas en la Resolución que vengo glosando, incurrió en falsa motivación y violó, directamente, la Ley 1a. de 1984 y la doctrina jurídica a que he aludido en el terreno de la cosa juzgada administrativa.

“4. Me corresponde ahora sustentar la demanda de nulidad en lo tocante a la Resolución No. 000286 de 2 de febrero de 1989, con la cual quedó “agotada” la vía gubernativa en el referido negocio. Las situaciones de hecho y de derecho que dejó analizadas nos han de servir para afirmar, *prima facie*, que ésta Resolución, para confirmar, como lo hizo, su antecesora No. 003844 de 21 de noviembre de 1988, reiteró las falsas motivaciones de ésta y subrayó las agresiones directas contra leyes y decretos en vigencia, como lo vamos a poner en evidencia, con la venia del H. Consejo:

“A) Afirma esta Resolución que cuando a mi parte se le dió la protección ordenada por el Art. 207 del Decreto 2477 de 1986,

“No existía ningún impedimento de orden legal, ya que para ese entonces no aparecían terceras personas que acreditaran interés jurídico dentro del trámite de las presentes diligencias”.

De entrada, rechazo la acomodada tesis de que el Art. 207 haga ninguna salvedad para su perentorio cumplimiento. Uno puede ser muy miope (y de eso no tener la culpa) pero nó tanto que no vea, si a conciencia se estudia el expediente, que unos folios antes, aparece la Resolución 002155 de 14 de julio de 1988, con sus amplios antecedentes, que incluyen —como actores principales— a las personas que se opusieron a la entrega de la zona e hicieron uso, más tarde, de la fuerza, en su condición de arrendatarios del señor Hernando Leañó, quien luego apareció alegando “mejor derecho”.

“En ese considerando, la Resolución 000286 se apoya en nítida falsa motivación, que la conduce, fatalmente, a violar el Art. 207. *ibídem*.

“B) La Resolución afirma que la oposición presentada por el señor Hernando Leañó tiene como “fundamento principalmente en que la CAR mediante Resolución No. 2294 del 7 de julio de 1987, le otorgó permiso para explotar comercialmente una recepera”. O sea, que, por esa peculiar razón, el señor Leañó pretende que se le reconozca un derecho legítimo y preferencial frente al derecho legalmente otorgado por el propio Ministerio a mis poderdantes. Argumenta así la Resolución 286: “si bien los titulares del Permiso gozan de un derecho el cual debe proteger el Ministerio, también lo es que la oposición se fundamenta en el ejercicio de un derecho otorgado por otra entidad Estatal, que tampoco puede desconocer el Ministerio”.

El texto transcrito crea, en forma inaudita, una clásica colisión de competencia entre el propio Ministerio y la CAR, lo que es más insólito, la resuelve a favor de ésta, que es una Corporación Regional de mucha menor jerarquía, mediante una arbitraria operación en que se enmudece

la Ley 1a. de 1984 mientras se le hace decir a la Ley 3a. de 1961 lo que ni en su texto ni en su historia es cierto, resultando de ésto una flagrante violación de esos dos estatutos legales, por el penoso camino de la falsa motivación. Pero hay más: esa oposición fundamentada en un derecho presuntamente otorgado por una Corporación Regional no tiene hoy cabida en el contexto pertinente del Decreto 2477 de 1986, pues en su Capítulo XV estatuye así:

“Artículo 164.— Desde la fecha de la ejecutoria de la providencia que otorga una licencia, concesión, aporte o permiso, hasta un año después de la entrega de la zona respectiva, podrán oponerse:

“1. Los que realicen industrias primordiales incompatibles con los trabajos mineros,

“2.— Los explotadores de hecho, quienes sólo podrán ejercer su derecho hasta el 1o. de enero de 1988”. (Hoy de 1989).

Como el señor Leaffo se presenta —y así lo reconoce paladinamente el Ministerio— como un explotador con derecho otorgado por la CAR, no puede apoyarse —como lo pretende hacer— en la norma transcrita que, al serle aplicada favorablemente por el Ministerio, viene a constituir un notorio abuso de poder, que se concreta en la violación de dicha norma y, posiblemente, en el artículo 11 de la Ley 20 de 1969, interpretada —así lo reconozco— con amplia liberalidad.

Pero queda otro gazapo jurídico por desollar: La Resolución 286 dice: “... las oposiciones precisamente se presentan sobre derechos ya constituidos u otorgados”: Falso. Se necesita no conocer la doctrina jurídica minera y petrolera para afirmar aquello, pues, aquí sí precisamente, tanto en uno como en otro régimen legal, la acción de oponerse es, exactamente, para oponerse a que se otórgue o constituya un derecho minero o petrolero. Cuando éste se otorga y el respectivo acto jurídico queda en firme, ya no quedaría, según las circunstancias, sino la vía judicial. No sirve, pues, ese argumento para sostener la procedencia de la oposición y, por ello, ésta debe declararse inadmisibile.

“C) Evoquemos la memoria del Maestro Valencia cuando dijo que el soneto, la obra maestra de la poesía, debe tener “ancha cabeza y resonante cola” y proyectemos esta figura hermosa, mutatis mutandi, al texto de la Resolución 000286, especialmente a sus consideraciones y argumentos finales, en que tratan de refutar, infructuosamente, mi tesis acerca de la incompetencia de la CAR para intervenir en el otorgamiento de derechos mineros. Copiemos:

“Finalmente en cuanto al cuestionamiento que hace el recurrente a la competencia de la CAR en materia de minerales, se tiene que inicial-

mente mediante Resolución 00554 de 6 de mayo de 1985, se rechazó la solicitud de PERMISO No. 5811, en razón a que así lo recomendó (sic) la CAR por existir superposición con el permiso que ante esa Entidad adelantaba el señor Hernando Leaña. Posteriormente tal proveído fué revocado por Resolución número 218 de 8 de abril de 1986, porque se consideró que la Ley 1o. (sic) de 1984 determinó como función del Ministerio el conocimiento de toda solicitud de derechos mineros, sin excepción de ningún mineral. Sin embargo, el Decreto 2477 de 1986 en su artículo 17, excluyó del conocimiento del Ministerio las solicitudes de permisos o licencias para extraer piedras, arenas y cascajo, lo cual fué corroborado por el Consejo de Estado en providencia del 12 de agosto de 1988, y en virtud de tal excepción, la CAR otorgó el permiso al opositor. De ahí la necesidad de determinar la clase de mineral que se extrae del área del PERMISO número 5811" (?).

"Afirmar que "la Ley 1a. de 1984 determinó (sic) como función del Ministerio el conocimiento de *toda* solicitud de derechos mineros, sin *excepción de ningún mineral*" (he subrayado) y luego decir que el Decreto 2477 de 1986 (que es una norma reglamentaria) en su Artículo 17 "excluyó del conocimiento del Ministerio las solicitudes de permisos o licencias para extraer piedras, arenas y cascajo" y que esto fué corroborado por el Consejo de Estado, de donde le resultó la competencia a la CAR para otorgar el Permiso al señor Leaña, no deja de ser un malicioso "arreglo" de la imaginación y un ultraje a la ética de la hermenéutica. En efecto, la llamada exclusión (para no ir más lejos) ya venía en el Art. 33 del Decreto 1275 de 1970, que se trató de aclarar con el 6. del Decreto 2181 de 1982 y luego con el 17 del 2477 de 1986, que atribuyó al INDERENA la competencia para otorgar permisos o licencias para extraer piedras, arenas, cascajo, de los lechos de los ríos, aguas de uso público y de las playas. Pero la parte cabalística relacionada con la competencia para la extracción de piedra, arenas y cascajo destinados a la construcción, fué resuelta por la vía jurisprudencial mediante la Resolución No. 001447 de 24 de mayo de 1988, emanada del Ministerio de Minas y Energía y recaída en el Permiso No. 1562, mediante la cual se ratificó la doctrina de la competencia exclusiva del Ministerio para todo lo relacionado con derechos mineros, la cual fué recogida por el Decreto No. 2655 de 23 de diciembre de 1988, por medio del cual se ha expedido el nuevo Código de Minas, que regula íntegramente toda esta materia y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias. Así, pues, en el caso improbable (para no decir que imposible) de que exista, con fecha 12 de agosto de 1988, una providencia del Consejo de Estado (que ha debido transcribirse, como lo manda la elegancia juris) que le otorgase o reconociese a la CAR competencia para otorgar títulos en materia minera, tal increíble decisión quedará sin piso legal alguno, en virtud de la vigencia del citado nuevo Código de Minas.

“HH. Consejeros:

“Todo ese desfile de sofismas, de falsas motivaciones, de abusos de poder, de atropello a leyes y decretos, amén del sagrado principio de la cosa juzgada (las mismas partes, el mismo asunto frente a la misma autoridad), no ha sido sino el habilidoso recurso utilizado por la Administración para vulnerar la situación jurídica, individual, subjetiva y concreta de mis poderdantes, arrebatándoles la justa posesión que legalmente se les había entregado y, de este modo, colocarlos en la penosa situación de no poder cumplir el contrato de suministro de minerales de arcilla, que habían firmado con el señor Luis Felipe Machetá Barrantes (c.c. 17'019.083 de Bogotá), generando ingentes daños y perjuicios, que se habrán de establecer y liquidar por los medios señalados en el Código de Procedimiento Civil.

Al releer el relato de los hechos increíbles y el análisis de las causales de violación de leyes, decretos, resoluciones, etc. así como la realidad injusta de los perjuicios ya aludidos, habréis de encontrar ampliamente llenados los requisitos exigidos por el Artículos 152 del C.C.A., de manera que podáis decretar la suspensión provisional de las Resoluciones Nos. 003844 del 21 de noviembre de 1988 y 000286 del 2 de febrero de 1989, en homenaje a las normas superiores cuya violación he dejado establecida, a las severas y elegantes reglas de la hermenéutica y en prevención de los ingentes daños y perjuicios que está engendrando el malicioso y absurdo recurso del llamado “*statu quo*”.

Pero esta lectura también me ha traído a la memoria un capítulo (el III) de la obra magistral del Profesor Louis Josserand, que no me resisto a copiar, porque arroja mucha luz y aporta valiosos elementos de juicio al cuadro de este proceso complejo:

Ese Capítulo se titula “Del ejercicio de los derechos—Teoría del abuso de los derechos” y comienza analizando “El pretendido dogma tradicional del absolutismo de los derechos” y su refutación con la teoría de “la relatividad de los derechos”, según la cual “estos tienen una misión social que cumplir, contra la cual no podrían rebelarse”. Y agrega: “No es en vista de un fin cualquiera que ellos pueden ser utilizados, sino únicamente en función de su espíritu, de papel social que están llamados a jugar; no es a diestra y siniestra que pueden ser ejercidos, sino en su buen sentido, para un fin legítimo y en razón de un motivo legítimo. Por ejemplo, no podrían, en ningún caso, ser puestos al servicio de la malicia, de la mala fe, de la voluntad de perjudicar a otros; no pueden servir para realizar la injusticia; no deben ser desviados de su vía regular; si nó, sus titulares, a decir verdad, no los ejercían, sino que abusarían de ellos, cometerían una desviación, un abuso de los derechos, por lo cual se harían responsables hacia las posibles víctimas. La bandera no bastá

para proteger la mercancía, cualquiera que ella sea; los derechos nos son conferidos en la garantía de los poderes públicos; nos corresponde ejercerlos a nuestros riesgos y peligrosos y no podemos ponerlos al servicio de la injusticia. Los romanos ya decían: "*Summum jus summa injuria*". Y, de otra manera, "los medios no justifican el fin". Así se afirma la gran directiva de la relatividad de los derechos". Y, más adelante, agrega: "Este concepto domina, en tesis general, todos los derechos, privados o públicos; *la teoría administrativa de la desviación de poder, no constituye sino una aplicación de aquel concepto*" (he subrayado). "Curso de Derecho Civil Positivo Francés"—Tercera Edición—Tomo I—Pags., 118—119). (Fls. 48—55, C. 1).

II

ALEGATO PRESENTADO POR EL APODERADO DEL MINISTERIO DE MINAS Y ENERGIA

Dentro del término de ley el apoderado del centro de imputación jurídica demandado alegó de conclusión, para exponer:

"En el escrito incoatorio de esta controversia pretenden los demandantes la nulidad de sendas resoluciones proferidas por el Ministerio de Minas y Energía, tendientes a mantener los trabajos del opositor hasta tanto se resolviera el incidente respectivo.

"Teniendo en cuenta que la oposición fué formulada dentro del término legal establecido por el Artículo 4o., del Decreto 2304 del 2 de diciembre de 1987 y como cumplía con lleno de los requisitos señalados en el Artículo 165 del Decreto 2477 de 1986, se ordenó la práctica de la visita a la zona con el objeto de comprobar la antigüedad de los trabajos llevados a cabo por el opositor y la clase de material que estaban explotando, tanto el opositor como los Tribunales del PERMISO número 5811.

"Para efectos de practicar la mencionada visita, fueron comisionados el Ingeniero Ramón Guillermo García y el Fotogrametrista Teodosio Manjarrés, para llevarla a cabo durante los días 28 y 29 de junio de 1989.

"Los comisionados rindieron el correspondiente informe de donde se desprende las siguientes conclusiones:

"1o. Que de acuerdo con las apreciaciones y deducciones se puede considerar que las labores de explotación adelantadas por el señor Hernando Leañó en el área de la oposición tienen una antigüedad mayor a los diez (10) años;

“2o. Que no se encontraron labores de explotación en la zona diferentes a las llevadas a cabo por el opositor;

“3o. En el área no hay opositor de ARCILLA y solamente existen los materiales pétreos que se emplean en las construcciones de obras civiles; y

“4o. Que en el área que tiene la zona de oposición y que debe continuar su trámite, cubre un área de 36 hectáreas y 7.500 metros cuadrados.

“Del citado informe se corrió traslado a las partes, sin que se hubiesen presentado objeción alguna.

“De todo lo anterior, podemos concluir, que al señor Hernando Leañó Orozco opositor del PERMISO número 5811, le asiste la razón para formular el incidente respectivo y por consiguiente, el Ministerio al proferir los actos administrativos acusados se ajustó a derecho.

“Igualmente, no sobra hacer notar al Honorable Consejero que en la vista al terreno se constató que las ARCILLAS, mineral otorgado en el citado permiso, no existe en dicha zona, ya que solamente se encuentran materiales pétreos o de construcción.

“II— A LA PRUEBA TESTIMONIAL SOLICITADA POR LA PARTE DEMANDANTE

“Según lo manifestado por el señor Luis Felipe Machetá Barrantes, el contrato se celebró en 1988 para el aprovechamiento industrial de sustancias minerales, pero de conformidad con el Artículo 1973 del Código Civil, esta clase de negocios jurídicos se tipifican dentro del marco de los contratos de arrendamiento.

“En este orden de ideas se tiene que el Artículo 50 del Decreto 2477 de 1986, establecía que los titulares de las Licencias, Contratos, Aportes y Permisos necesitaban autorización previa del Ministerio para arrendar o subarrendar total o parcialmente las áreas objeto del título.

“Igualmente, el Artículo 157 del Decreto ibidem establecía que carecía de efecto jurídico toda negociación que contraviniera o implicara fraude a lo dispuesto en el citado artículo. Es más, el Artículo 122 en su numeral 5o. del Decreto anteriormente citado, establecía como causal de cancelación del permiso otorgado, el ceder o celebrar contrato de arrendamiento o subarriendo sin previo permiso del Ministerio.

“De acuerdo con lo enunciado anteriormente, se concluye que el citado contrato al no haberse solicitado por los titulares del permiso la respectiva autorización al Ministerio para celebrarlo carece de validéz para la Entidad, razón por la cual el testimonio rendido no debe ser tenido en cuenta como prueba por carecer de fundamento jurídico.

“Es conveniente aclarar que este Ministerio solo vino a tener conocimiento del contrato referido por el señor Luis Felipe Machetá al conocer el testimonio rendido por este. Por tal razón los titulares violaron lo dispuesto por el Artículo 150 del Decreto 2477 de 1986 e incurrieron además, en la causal de cancelación de que trata el Artículo 122 del mismo decreto.

“Finalmente, solicito se tengan en cuenta todos los argumentos aludidos en la contestación de la demanda. (Fls. 67-70, C.1).

III

CONDUCTA PROCESAL DEL MANDATARIO

DEL SEÑOR HERNANDO LEAÑO OROZCO

A folios 71 y siguientes del Cuaderno Nro. 1 obra el escrito en que el apoderado del Señor HERNANDO LEAÑO OROZCO, interesado en las resultas del proceso, 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:

“1o. Solicito al Honorable Consejo de Estado despachar desfavorablemente las pretensiones de la demanda, por carecer los demandantes de derecho y de razón, pues las pruebas aportadas y practicadas no demuestran ni acreditan la violación de los actos acusados.

“Por el contrario, de las pruebas practicadas puede inferirse que los actos demandados tienen suficiente respaldo legal y que fueron expedidos por el Ministerio de Minas y Energía en aplicación de normas vigentes para la fecha en la cual fueron dictados, mediante los cuales no se quebrantó ninguna situación jurídica subjetiva ni se despojó de derecho alguno a los demandantes en razón a que mediante ellos no se está decidiendo una situación de fondo, en este caso la Oposición presentada por mi representado contra el permiso número 5.811, sino simplemente el trámite y estudio de la citada Oposición y en consecuencia el mantenimiento del *statu quo* dentro de la zona materia de la misma como una elemental garantía constitucional para que el Opositor pudiese acreditar y demostrar en ejercicio del derecho de defen-

sa, el derecho preferencial que le asiste para explorar y explotar la referida zona y para solicitar su otorgamiento.

“2o.— El Ministerio de Minas y Energía dentro del trámite del permiso número 5.811, otorgado a los señores LUIS HERNANDO RODRIGUEZ G., CARLOS ENRIQUE RODRIGUEZ y RUBEN DARIO LLINAS R., no ha procedido a fallar la Oposición que en nombre del señor HERNANDO LEAÑO OROZCO formulé contra el citado Permiso, como lo acredité con la certificación de fecha 7 de marzo de 1990, expedida por la Jefe de la Secretaría Jurídica de Minas, aportada al expediente, es decir, que el respectivo incidente se encuentra en trámite.

“Y si la mencionada Oposición no ha sido decidida, ello significa que el Ministerio de Minas y Energía en ningún momento ha desconocido o ha despojado a los demandantes de los derechos otorgados mediante el Permiso número 5.811, para que sea procedente el restablecimiento del derecho —demandado y que comprende de la pretensión segunda del libelo de demanda, desconocimiento o despojo que no puede colegirse de los actos impugnados.

“3o.— Los demandantes pretenden el restablecimiento de una posesión en el Permiso No. 5.811, de la cual jamás han sido despojados pues nunca han tenido, si se tiene en cuenta que la entrega de la zona fué meramente simbólica pues antes ni después de la misma, han poseído materialmente el área materia del Permiso 5.811 y de la Oposición contra ella formulada por mi representado, como se demuestra con el Informe rendido por los Profesionales del Ministerio de Minas y Energía RAMON GUILLERMO GARCIA MONTERO y TEODOSIO MANJARRES sobre la visita practicada a la referida zona, y en el cual se expresa que “los trabajos comprobados son adelantados por el señor HERNANDO LEAÑO y sus asociados. No se encontraron explotaciones diferentes a ésta...” (Ver Conclusiones y Recomendaciones del citado informe, que aparece en las copias de la actuación en el permiso 5.811, enviadas por el Ministerio de Minas).

“4o.— En virtud de que mi poderdante ha sido quien por más de 10 años ha ejercido la posesión material sobre el terreno, que es de su propiedad, y sobre los materiales de construcción allí ubicados, es a quien le asiste el derecho preferencial para explorar y explotar la aludida zona, tal como lo consagra el actual código de Minas y lo consagraba el Decreto 2.477 de 1986, en sus artículos 163 y 164, vigente para la fecha en la cual mi representado presentó su Oposición contra el Permiso 5.811 en forma oportuna y dentro del término establecido en la última citada, razón por la cual los demandantes carecen de derecho

para reclamar o demandar una posesión que nunca han ejercido como en forma falaz lo sostienen en su demanda, cuando la verdad es que han sido ellos quienes han pretendido despojar al señor HERNANDO LEAÑO OROZCO de sus legítimos derechos amparándose en una solicitud de Permiso para “explotar presuntos yacimientos de Arcilla” como pretexto para explorar los materiales de recebo para construcción que realmente se hallan ubicados en la zona en conflicto, propósito que se revela y confirma con la declaración rendida por el señor LUIS FELIPE MACHETA BARRANTES a instancia de los demandantes.

“Y es que los demandantes a sabiendas de que la CAR había concedido un Permiso a mi representado para la explotación comercial de la receptera ubicada en el predio de su propiedad, procedieron a formular al Ministerio de Minas y Energía una solicitud de Permiso para explotación de arcillas, ocultando sus reales pretensiones que no eran otras que explotar la mencionada receptera como se desprende de la declaración rendida por el señor LUIS FELIPE MACHETA BARRANTES, en la cual afirma “haber celebrado un contrato de explotación con los aquí demandantes para la explotación de los materiales allí existentes y que el predio donde se encuentran ubicados sólo sirve para resevo”

“Los demandantes no sólo indujeron en error al Ministerio de Minas y Energía al hacerse conceder un permiso para explotar un mineral inexistente sobre la zona del 5.811 (según el concepto de los funcionarios que practicaron la referida visita a la zona materia de la Oposición, allí no hay depósitos de *arcillas*), sino que también guardaron silencio en relación con la existencia del contrato de explotación celebrado en el año de 1988 con el señor LUIS FELIPE MACHETA BARRANTES (según su propia declaración), cuando estaban en la obligación de solicitar previo permiso a la citada entidad, so pena de colocarse o incurrir en una de las causales de Cancelación del Permiso previstas por el artículo 122 del Decreto 2.477 de 1986, el cual en su numeral 5o., establecía como causal de Cancelación “el celebrar contrato de arrendamiento o subarrendamiento sin previo permiso del Ministerio de Minas y Energía”.

“5o.— De lo expuesto puede concluirse, que las Resoluciones números 003844 de 21 de noviembre de 1988 y 00286 de 2 de febrero de 1989 dictadas por el Ministerio de Minas y Energía tienen un amplio respaldo legal pues fueron proferidas en aplicación de disposiciones vigentes para la fecha de su expedición; además la citada entidad con las mencionadas Resoluciones no sólo dió cumplimiento en lo dispuesto en el ordenamiento legal minero en materia de Oposiciones, que estaba vigente cuando ordenó tramitar y estudiar la Oposición formulada por mi representado contra el permiso número 5.811, sino que le brindó y proporcionó las garantías necesarias para que pudiera demostrar los hechos que sustentaban su Oposición, ordenando el mantenimiento del *Statu*

quo vigente hasta la fecha de su presentación, en aplicación a claros postulados Constitucionales". (Fls. 71-73, C. 1).

IV

VISTA FISCAL

La Fiscal Segunda de la Corporación, Dra. EDNE COHEN DAZA, en su concepto de fondo, OBSERVA:

"Lo primero que debe observarse, después de leer el contenido de las Resoluciones demandadas, es que ellas son actos de trámite dentro de un procedimiento que aún no ha culminado. Solamente después de practicadas unas pruebas y realizado un nuevo estudio, podrá el Ministerio decidir de manera definitiva sobre la oposición.

"Veamos el contenido de la Resolución No. 003844 de 21 de noviembre de 1988. La parte considerativa expresa: "En cuanto a la oposición presentada se hace indispensable enviar el expediente a la Sección de Estudios de Ingeniería para su correspondiente estudio". Acorde con lo anterior, la parte resolutive de dicho acto administrativo ordenó enviar el expediente a la oficina correspondiente para su estudio.

"Igualmente se ordenó la práctica de una inspección ocular en la zona a la cual se refiere la oposición, para comprobar la antigüedad de los trabajos, quien los ejecuta y la clase de material que se explota.

"Mientras la oposición se decidía, se ordenó mantener el *statu quo*; lo que indica claramente que se trató de un incidente, como lo expresa la misma resolución.

"La Resolución 000286 de 2 de febrero de 1989 por la cual se decidió el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 003844, insistió en la necesidad de determinar primero la naturaleza del mineral objeto del permiso. Considerando que a partir de la expedición del Decreto 2477 de 1986 se excluyó del conocimiento del Ministerio las solicitudes de permisos o licencias para extraer piedras, arenas y cascajos.

"Todo lo anterior hace pensar que el Ministerio de Minas y Energía al dictar los actos que se acusan, solamente está dando trámite a un incidente de oposición, el que aún no se ha decidido en forma definitiva. De admitirse lo anterior, habría que concluirse que la demanda es improcedente y no se puede entrar a decidir sobre las pretensiones.

“Ahora bien, si se tuviera que entrar a decidir de fondo, este Despacho encuentra que las pretensiones de la demanda no están llamadas a prosperar.

“El actor en el aparte de su demanda denominado Normas Violadas y Concepto de Violación, dice: “Así pues, acuso a dicha Resolución de ser violatoria del mismo art. 207 en que dice apoyarse, por infracción directa, abuso de poder y desviación de poder”.

“La norma dice el Actor, “a tiempo que impide toda explotación ilegal, ordena proteger a quien el Ministerio haya otorgado un título minero (como dice el nuevo Código de Minas), porque esa persona, y por ese medio, es titular de ese derecho a explorar y explotar. (Vale la pena anotar que este texto comentado es del mismo tenor del Art. 247 del Decreto 1275 de 1970 –Estatuto Minero– del que jamás se hizo el uso abusivo y absurdo que he venido censurando). Subsumiendo la doctrina de la norma en comento en el hecho que dió origen a la Resolución cuya nulidad demando, tenemos:

“1) Mis poderdantes recibieron título legal para operar en el Permiso No. 5811; 2) se ordenó a la Alcaldía de Madrid la entrega del área otorgada; 3) como fuesen despojados de la posesión que legalmente se les dió, en aplicación recta, honesta y jurídica de la doctrina del Art. 207 del decreto 2477 de 1986, se le ordenó al mismo Alcalde de Madrid, el desalojo de las personas, distintas de los titulares del Permiso 5811, que se encontrasen en el área de éste. Así se hizo y se recuperó la posesión regular del área de ese permiso; 4) se presenta la oposición del señor Leañó y por el solo hecho de presentarla se cree con derecho a impetrar un “*statu quo*”, para que las cosas en el área del Permiso regresasen a la fecha en que mis poderdantes habían sido despojados de su posesión legal y regular; 5) para pasmo nuestro, las mismas autoridades que habían ordenado garantizar, afianzar y asegurar la posesión de la mina en homenaje a la indiscutible titularidad de mis poderdantes, con inaudita *sans faconotorgan* (sic) el “*statu quo*” y le ordenan al estupefacto alcalde, que saque a los dueños del permiso y ampare a quien no tiene más título que el apoyo de sus amigos.

No hace falta más esfuerzo de hermenéutica para dejar demostrado el abuso de poder, que le permitió al Ministerio, sin tener competencia para ello, darle otro sentido, otra interpretación, otro alcance a la doctrina del Art. 207, para dejar sin valor la Resolución 000557 de 16 de marzo de 1988 y desconocer, atropellar y, en esencia, revocar la situación jurídica, subjetiva, particular y concreta que aquella Resolución había creado para mi parte”.

“El art. 207 del Decreto 2477/86 sobre inspección y vigilancia se está refiriendo en primer término a la obligación que tiene el Ministerio de

SECCION TERCERA

Minas y Energía de conservación y mejora de las minas. Pudiendo así mismo dictar aquellas providencias que sean indispensables para garantizar al titular del permiso el ejercicio pacífico de su derecho a explotar el área otorgada.

“Pero resulta que el mismo Decreto 2477/86 otorga a las personas que están realizando una explotación, la oportunidad de oponerse al titular del permiso.

“En el presente caso, se demostró que quien realiza la explotación en la actualidad y la ha venido realizando desde tiempo atrás, es precisamente el opositor señor Hernando Leafio Orozco.

“En el anexo 1 del expediente aparece la copia autenticada del último informe de visita técnica realizado por el Ministerio de Minas y Energía en la inspección ocular del área del permiso No. 5811 a que se refiere este proceso.

“Allí se lee: “El predio visitado, de propiedad de la familia Leafio tiene su ficha catastral, la No. 00-0-011-110 y el área aproximada dedicada a las actividades mineras de extracción de material es de unas 5 hectáreas netas... “Como ya se dijo, la propiedad es totalmente del opositor y de su familia según su propia manifestación, y los trabajos de minería se adelantan en sociedad con el señor Alberto Herrera y la señora Piedad Gómez de Herrera, quienes estaban presentes.

Durante el recorrido por el área se comprobó que los trabajos tienen que adelantarse en forma global y no se encontró señal alguna de trabajos diferentes.

“Según manifestación expresa de los opositores, los solicitantes del Permiso No. 5811 no han realizado trabajos en esta área ya que no son los propietarios del terreno y por tanto, el acceso les ha sido vedado.

Los interesados en este Permiso no estuvieron presentes en esta diligencia.

El arranque del material se efectúa mediante bull-dozer ya que por las condiciones sociales actuales es muy difícil conseguir pólvora para adelantar estos trabajos.

Después con el cargador se llenan las volquetas que transportan el material. En las fotografías anexas se pueden apreciar los frentes de trabajo y otros aspectos de los mismos...

“ANTIGÜEDAD DE LAS LABORES MINERAS

“En explotaciones de este género y adelantadas por estos sistemas, es muy difícil hacer un estimativo de la antigüedad de las labores mineras debido a la complejidad de los parámetros técnicos que deben ser tenidos en cuenta para este propósito.

Sin embargo, mediante una mirada apreciativa a factores como el gran volumen del material removido en una zona cuya área fué considerada aproximadamente de 5 hectáreas, la altura promedio de la explotación adelantada allí y especialmente los antecedentes de tramitación ante el Ministerio, permiten colegir que el señor Hernando Leafio adelanta estas actividades desde hace más de 10 años...”

“Tenemos pues, que si bien es cierto que el Ministerio debe proteger al beneficiado de un permiso, también lo es, que lá misma norma le otorga al explotador el derecho de oponerse y a que su pretensión le sea resuelta.

“El Ministerio, en este caso, se limitó a cumplir con lo ordenado en el Capítulo XV del Decreto 2477/86 sobre oposiciones.

“Siguiendo con los cargos de la demanda, dice también el actor: “Acuso la Resolución No. 003844 de 21 de noviembre de 1988, varias veces ya citada, por violación directa de la Ley 1a. de 1984 y por estar apoyada en falsas motivaciones, Veamos:

“La Ley 1a. de 1984 atribuyó al Ministerio de Minas y Energía, en forma exclusiva y excluyente, la competencia para conocer y resolver todo lo relacionado con solicitudes de permisos, licencias, concesiones y aportes de todas las disposiciones que le sean contrarias...”

“Al respecto debe anotarse, que el art. 17 del Decreto 2477/86 establece: “Los permisos o licencias para extraer piedras, arenas, cascajo, de los lechos de los ríos, aguas de uso público y de las playas, son de competencia del Instituto Nacional de los Recursos Naturales Renovables y del Ambiente...”

“En el informe de visita a que se ha hecho alusión al referirse a la clase de material que existe en la zona del permiso que se discute, se consignó: “La zona objeto de visita técnica es una continuación del área del Permiso No. 5725 formulado para arcilla y donde se realizó con el mismo propósito aquí enfocado una inspección ocular, de cuyo resultado se produjo el Informe IP-016 de cuyos apartes podemos citar:

“El material que se explota consiste en niveles de plaeners, como fuente de roca fragmentada la cual está constituída normalmente por

SECCION TERCERA

una zona superficial de suelos y roca meteorizada llamada "Capote" cuyo espesor puede ser variable y está compuesta por fragmentos de roca incorporados dentro de una matriz de material terroso fino, producto de la alteración de la misma roca (Plaeners).

"De acuerdo a las propiedades físicas y químicas más importantes que se deben tener en cuenta, según las normas internacionales, para la utilización de materiales como agregados pétreos en construcción, los plaeners, fuera de reunir las condiciones necesarias y además por la buena localización que tienen, por la proximidad de los centros de consumo y a las vías de acceso con que cuenta la zona utilizada, son de gran importancia para prospectar sus explotaciones aprovechando la propiedad predominante "cascajosa" que tienen para ser empleados como recebo en carreteras, relleno de terraplenes, razón por la cual los plaeners no se pueden considerar propiamente como arcillas sino como material de construcción, explotaciones que son conocidas como receberas".

"En el punto 3. de las conclusiones se lee: "En el área no hay depósitos de arcilla.

Solamente existen los materiales pétreos que se emplean en la construcción de obras civiles".

"Así pues, en el presente caso todo indica que por la naturaleza del material existente en la zona objeto del permiso, la entidad competente para conocer el permiso para explotarlo es la Corporación Autónoma Regional de las Cuencas de los ríos Bogotá, Ubaté y Suárez, "C.A.R."

"Lo expuesto sería suficiente para que se negaran las pretensiones del Actor, en el supuesto de que la Sala decida entrar al fondo del asunto". (Fls. 75-81, C. 1).

CONSIDERACIONES DE LA SALA

A) Dentro del proceso quedaron debidamente demostradas las siguientes circunstancias particulares del caso:

PRIMERA: Que por medio de la Resolución No. 000557 de 16 de marzo de 1988, el Ministerio de Minas y Energía otorgó el PERMISO Nro. 5811 a los señores LUIS HERNANDO RODRIGUEZ G., CARLOS ENRIQUE RODRIGUEZ y RUBEN DARIO LLINAS R., "... para la exploración y explotación de ARCILLA y demás minerales permisibles, en un predio ubicado en jurisdicción del Municipio de Madrid, Departamento de Cundinamarca, en una extensión de 13 hectáreas y 4375 metros cuadrados...", delimitado por los linderos que se precisan en el referido acto administrativo;

SEGUNDA: Que el día cinco (5) de julio de mil novecientos ochenta y ocho (1.988), la funcionaria, Profesional Especializada 3010-09 de la Dirección General de Asuntos Legales, Despacho del Secretario General del Ministerio de Minas y Energía, en cumplimiento de la comisión que le fué conferida por Resolución Nro. 001896 del 24 de junio de 1988, procedió a la entrega de la zona objeto del PERMISO No. 5811, diligencia en la cual se presentó el señor LUIS FERNANDO GOMEZ, quien manifestó tener "... un contrato de explotación hace menos de un (1) año con el dueño del terreno, señor Hernando Leaña...", quien en esa oportunidad manifestó que hablaría "... con el citado señor Leaña...";

TERCERA: Que por Resolución Nro. 002155 de 14 de julio de 1988, el Ministerio de Minas y Energía, a solicitud del apoderado de los interesados en EL PERMISO, y con apoyo en lo preceptuado en el artículo 207 del Decreto No. 2477 de 1986, dispuso:

“ARTICULO PRIMERO: Conceder la protección solicitada, mediante apoderado a los señores Luis Hernando Rodríguez G., Carlos Enrique Rodríguez y Rubén Darío Llinás R.

“ARTICULO SEGUNDO: *Ordenar el desalojo de todas las personas distintas de los titulares que se encuentren trabajando en la zona objeto del permiso No. 5811.* (Subrayas de Sala).

“ARTICULO TERCERO: Una vez ejecutoriada esta providencia, por la Secretaría Jurídica de la Dirección General de Asuntos Legales, oficiase al señor Alcalde Municipal de Madrid, Departamento de Cundinamarca, dándole las instrucciones del caso; para mayor información transcribbase los linderos.

“ARTICULO CUARTO: Contra la presente procede el recurso de reposición el cual puede interponerse dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación”.

CUARTA: Que el día 27 de septiembre de mil novecientos ochenta y ocho (1.988), el señor Alcalde Especial de Madrid procedió a cumplir la comisión que se le había conferido por el Ministerio de Minas y Energía, habiendo encontrado en el terreno, objeto de la diligencia, al señor LUIS FERNANDO GOMEZ MORALES, quien manifestó:

“... no tengo conocimiento real sobre el problema y que no puedo sacar las máquinas porque la dueña es mi hermana PIEDAD GOMEZ MORALES ya que yo estoy como Administrador no más. Solamente es mostrada una Resolución No. 2294 de julio 4 de 1987 emanada de la CORPORACION AUTONOMA REGIONAL DE LAS CUENCAS DE LOS RIOS BOGOTA, UBATE Y SUAREZ CAR. En este estado de la

diligencia el señor apoderado de los Señores LUIS HERNANDO RODRIGUEZ G. Dr. Alberto Salamanca solicita el uso de la palabra quién se le concede y en uso de ella manifiesta: *Muy respetuosamente solicito al despacho que dentro de la protección que se me está otorgando al derecho de mi poderdante se ordene el retiro inmediato de 4 máquinas que se encuentran en los terrenos ya identificados a saber: buldozer, color amarillo que al parecer está desbaratado de Marca ALLIS CHALMER HD-21, un cargador Ford 62 color amarillo, un cargador T telles COLOR VERDE, Un Buldozer HANOMAS color amarillo y equipo menor de soldadura compresor y herramienta varias ya que la presencia de estos elementos en el predio conducen a perturbar la explotación que desde hoy mi poderdante y los otros señores comenzarán a ejercer, para lo cual damos por recibidos la posesión en forma real y material tal como ya el despacho ha procedido a entregárnosla. El despacho considera viable la petición efectuada por el Dr. ALBERTO SALAMANCA habida cuenta de que no se presentó oposición legal como lo estipula el estatuto minero en su artículo 163 se procede a ordenar el desalojo de la zona...*" (C. No. 1, fls. 18 y 19) (Subrayas de la Sala).

QUINTA: Que el día 29 de septiembre de 1988 el doctor Alberto Moscoso Díaz, obrando como apoderado del señor Hernando Leañó Orozco, presentó oposición al Permiso No. 5811, ante el Ministerio de Minas y Energía, argumentando que éste se encontraba realizando trabajos de explotación del material de recebo para construcción en la zona, gracias al permiso que le concedió la CORPORACION AUTONOMA DE LAS CUENCAS DE LOS RIOS DE BOGOTA, UBATE Y SUAREZ (car) el cual consta en la resolución No. 2294 de 7 de julio de 1987, siendo esa entidad la competente para otorgar permisos para la exploración y explotación de receberas, arenas y canteras;

SEXTA: Que el Ministerio de Minas y Energía, por medio de la Resolución No. 003844 de 21 de noviembre de 1988, RESOLVIO:

"ARTICULO PRIMERO. Mantener *Statuo Quo*, reinante antes del 27 de septiembre de 1988 dentro del área objeto de la oposición presentada por el Señor Hernando Leañó Orozco al permiso No. 5811 y hasta que el incidente sea fallado;

"ARTICULO SEGUNDO. La notificación de la presente resolución se surtirá por la Secretaría Jurídica de la Dirección General de Asuntos Legales.

"ARTICULO TERCERO. En firme la providencia, ofíciase al señor Alcalde del Municipio de Madrid, Departamento de Cundinamarca, dándole las instrucciones del caso.

“ARTICULO CUARTO: Ejecutoriada la presente resolución, por la Secretaría de la Dirección General de Asuntos Legales, remítase el expediente a la Sección de Estudios de Ingeniería para el concepto correspondiente a la oposición presentada por el señor Hernando Leaffo Orozco. Hecho lo anterior, la División de Ingeniería nombrará un funcionario técnico de este Ministerio con el fin de practicar una inspección ocular en la zona a la cual se refiere la oposición para comprobar la antigüedad de los trabajos, quien los lleva a cabo *así como la clase de material que explota el titular del Permiso No. 5811 y el opositor señor Hernando Leaffo, el costo de la diligencia estará a cargo del opositor*” (Subrayas de la Sala).

B) A la luz del anterior acervo probatorio y del que se apreciará a lo largo de este proveído, la Sala entra a definir el presente conflicto de intereses, anticipando sí, que anulará las resoluciones impugnadas por no estar ajustadas a la ley y al derecho.

Para la mejor comprensión jurídica de todas las circunstancias legales del caso, parece conveniente recordar que el Decreto No. 2477 de 31 de julio de 1986, aplicable al caso en comento, reglamentó las Leyes 60 de 1967, 20 de 1969 y 61 de 1979. En virtud de la primera el legislador reguló materias relacionadas con la “... transformación, adjudicación y contratación de minerales”, por la segunda aspectos que tienen que ver con “minas e hidrocarburos”, y, por la última, dictó normas sobre “... la industria del carbón ...”.

De las tres leyes citadas, es la 20 de 1969, en su artículo 11, la que trata la materia relacionada con LAS OPOSICIONES, al consagrar:

“ARTICULO 11. En la tramitación administrativa de los aportes, de las concesiones y de los permisos no habrá lugar a la presentación de oposiciones fundadas en la propiedad de los yacimientos, pero los interesados podrán ejercitar ante el Consejo de Estado las acciones pertinentes hasta un año después de la entrega material de la zona respectiva. Vencido el término indicado, prescribirá todo derecho.

“El ejercicio de las acciones no suspende el proceso administrativo de las solicitudes y propuestas ni impide el otorgamiento, celebración y ejecución de los actos correspondientes.

“Las oposiciones que se funden en razones distintas a la propiedad de los yacimientos *se presentarán y decidirán de conformidad con los reglamentos que dicte el Gobierno*”. (Subraya la Sala).

A su turno, el Decreto Reglamentario No. 2477 de 1986, en sus artículos 114 y 164, dispone:

“Art. 114. Si se formularen oposiciones al permiso se procederá en la forma prevista en el Capítulo XV de este Decreto”.

“Art. 164. Desde la fecha de la ejecutoria de la providencia que otorga una licencia, concesión, aporte o permiso, hasta un año después de la entrega de la zona respectiva podrán oponerse:

“1— Los que realicen industrias primordiales incompatibles con los trabajos mineros.

“2— Los explotadores de hecho, quienes sólo podrán ejercer su derecho hasta el 1o. de enero de 1988.

“Parágrafo: El explotador de hecho de esmeraldas y demás piedras preciosas y de berilo y glucinio en cualquiera de sus variedades en ningún caso podrán formular oposición válida ante el Ministerio”.

Estudiada la realidad fáctica, a la luz de la normatividad que se deja transcrita, la Sala encuentra que dentro de la tramitación administrativa que culminó con la Resolución No. 000557 de 16 de marzo de 1988, originaria del Ministerio de Minas y Energía, a través de la cual se OTORGO EL PERMISO No. 5811 a los señores Luis Hernando Rodríguez G., Carlos Enrique Rodríguez y Rubén Darío Llinás, para “... la exploración y explotación de ARCILLA y demás minerales permisibles...” en el lote a que se hizo referencia en el literal A) de este proveído, no se presentó OPOSICION alguna. Se definió, sí, a través de la Resolución No. 218 de 8 de abril de 1986, que a raíz de la expedición de la Ley fa. de 1984, LA CAR no podía conceder permisos para la explotación de minerales, precisión que se imponía habida consideración de que esta entidad recomendó “... NO CONCEDER EL PERMISO POR CUANTO SE SUPERPONE AL PERMISO QUE ADELANTA ANTE ESA CORPORACION EL SEÑOR HERNANDO LEAÑO ...” (Resolución No. 00554 de mayo 6 de 1985).

Hecha la anterior precisión, cabe preguntar: Se formuló oposición al PERMISO desde la fecha de ejecutoria de la Resolución No. 000557 de 16 de marzo de 1988, que lo otorgó, hasta un año después de la entrega de la zona, como lo permite el artículo 164 del Decreto Reglamentario No. 2477 de 31 de julio de 1986? Este interrogante amerita, en principio, una respuesta negativa, pues en el acta que levantó el Alcalde de Madrid, con motivo de la comisión que le confirió el Ministerio de Minas y Energía, para que le diera protección a los señores LUIS HERNANDO RODRIGUEZ G., CARLOS ENRIQUE RODRIGUEZ y RUBEN DARIO LLINAS, simplemente se lee que el señor LUIS HERNANDO GOMEZ MORALES, administrador, manifestó:

“No tengo conocimiento real sobre el problema y que no puedo sacar las máquinas porque la dueña es mi hermana PIEDAD GOMEZ MORA-

LES ya que yo estoy como administrador no más. Solamente es mostrada una resolución No. 2294 de julio 7 de 1987 emanada de la Corporación Autónoma Regional de las Cuencas de los ríos Bogotá, Ubaté y Suárez Car ...”.

En este momento del discurso se recuerda que este aspecto ya había sido definido por el mismo Ministerio, en la Resolución No. 218 de 8 de abril de 1986, en la cual precisó que LA CAR no podía conceder permisos para la explotación de minerales, pues tal competencia le fué asignada por la ley 1a. de 1984 al Ministerio de Minas y Energía. Así las cosas, no se ve con claridad ni la causa ni el motivo de la llamada oposición, que luego dio lugar a la expedición de las resoluciones impugnadas.

C) Con lo expuesto en el literal anterior no se pretende definir algo que no corresponde al Consejo de Estado, esto es, el universo jurídico que en pureza de verdad tenga el hecho que se deja relatado. Si se ha traído a colación esa realidad, es porque la valoración de tal circunstancia le permite al fallador detectar más fácilmente la ilegalidad de las resoluciones Nos. 003844 de 21 de noviembre de 1988 y 000286 de 2 de febrero de 1989, que confirma la primera. Para la Corporación resulta muy difícil aceptar, por no estar acorde con la lógica de lo razonable, que el Ministerio otorgue el PERMISO No. 5811, ordene la entrega de la zona, y conceda la protección solicitada por los titulares del PERMISO, para luego, de un plumazo, dejar en el aire, a través de la resolución No. 003844, la situación jurídica subjetiva, particular y concreta que se había creado por la Resolución No. 000557 de 16 de marzo de 1988, que otorgó el PERMISO No. 5811. Por lo demás, ni en las leyes 60 de 1967, 20 de 1969 y 61 de 1971, ni el Decreto Reglamentario No. 2477 de 1986 se faculta al Ministerio de Minas y Energía para mantener el *STATU QUO*. La tarea que a él incumbe es la de fallar las OPOSICIONES, dentro del marco descrito en los artículos 165 y siguientes del decreto reglamentario ya citado. Nada más, pero tampoco nada menos.

La vía que esa dependencia oficial se inventó, para manejar la situación que le presentó el señor LUIS FERNANDO GOMEZ MORALES, en la diligencia en que precisamente se le brindaba protección a los titulares del PERMISO, viola la ley, pues transitando por ella se desconocen los derechos claros y legítimos que emanan de la Resolución No. 000557 de 16 de marzo de 1988, que otorgó el permiso. Por ello le asiste la razón al apoderado de la parte actora cuando en el punto octavo de la *causa petendi* afirma:

“ ... la titularidad de los señores Rodríguez y Llinás respecto del Permiso 5811 es perfecta. Los actos administrativos creados por el Ministerio de Minas, al otorgar el Permiso, rechazar las oposiciones con apoyo en la CAR y amparar enérgicamente la posesión de la zona minera, *dieron origen a una situación subjetiva, particular y concreta en cabeza de los titulares de aquel Permiso, que no podía ni puede ser desconocida, suspendida o revocada sin la anuencia expresa de ellos ...*”.

Al comentar el alcance del artículo 73 del C.C. Administrativo el Dr. Miguel González Rodríguez, enseña:

“a) Prohibición expresa del revocar actos administrativos creadores de situaciones jurídicas individuales. Como ya lo explicamos anteriormente, es improcedente e ilegal, por estar expresamente prohibido por nuestra legislación, la revocatoria de un acto administrativo creador de una situación jurídica particular, subjetiva o concreta, sin que medie el consentimiento expreso y escrito — diríamos que igualmente previo — del titular de esa situación o de ese derecho reconocido, procediendo, en los casos en que se verifique esa revocación sin los requisitos de ley, no sólo el ejercicio de los recursos de reposición y apelación como medio para que la propia administración evite el quebrantamiento de la norma superior de derecho, sino la acción contenciosa en donde, además de la nulidad del acto, se obtenga el restablecimiento del derecho conculcado o la indemnización de los perjuicios ocasionados en virtud de esa conducta ilegal.

“La autorización legal para revocar actos administrativos creadores de situaciones jurídicas individuales, particulares o concretas, sin requisito alguno como el anteriormente señalado, en realidad de verdad vendría no sólo a desconocer el carácter ejecutorio del acto administrativo y a destruir la noción de procedimiento y ser causa de inseguridad jurídica, sino que puede prestarse o corruptelas en beneficio de unos y en perjuicio de otros, o de los intereses de la comunidad, pues es incontrovertible que nadie presta su consentimiento expreso y escrito para que la administración le revoque la situación jurídica o el derecho consagrado en su favor; ese consentimiento expreso y escrito de un administrado, lógico es pensarlo, sólo se dará cuando se aspira a obtener un beneficio mayor del que ya se consiguió con el acto administrativo que se pretende revocar”. (Derecho Procesal Administrativo. Tomo I, Octava Edición, Librería Jurídica Wilches. 1991. Pág. 116-117).

D) Para la Sala es claro que los actos acusados se dictaron para dejar sin efecto, en la práctica, las Resoluciones Nos. 000557 de 16 de marzo de 1988 y 002155 de 14 de julio de 1988, en virtud de las cuales se otorgó el PERMISO No. 5811 y se brindó protección a los titulares del mismo. Al proceder la administración, dentro de ese temperamento, buscó eludir el mandato del artículo 73 del C.C.A., que como ya se dijo, prohíbe revocar los actos de carácter particular y concreto, salvo que se cuente con el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular. Dentro de esa perspectiva, es incuestionable que se desvió el fin del acto administrativo. Este vicio, como lo predica la doctrina, se presenta cada vez que falta relación del objeto del acto con los fines que sustenta su causa primaria. Los actos acusados están, pues, desviados en su causa y ello explica que el fin no se ajuste a ella. Esta realidad lleva a tratadista como Bartolomé a Fiorini a enseñar que:

“Los vicios por desviación del fin del acto distinguen una conducta intencional o dolosa y cómplice en los sujetos intervinientes; muchos son actos provocados por el cohecho, por la traición, el beneficio particular o de grupos de presión. El fin público, la necesidad pública se sustituye por el fin particular o por el lucro beneficiario de determinados grupos o también por el de un fin público distinto. La desviación del fin del acto administrativo puede ser en beneficio equívoco de la misma administración, o de una persona o varias personas. Lo esencial es que no se causa en la necesidad pública por la cual la administración pública fué autorizada para crear ese acto. No hay duda que para traicionar el fin debe concurrir una intención del o de los agentes. La traición no está a la causa categorial sino a la causa primaria de la necesidad pública, contenida en la norma fundamental o legislativa. Hay lo que en derecho penal se llama “*aberratio finis legis*” (Teoría Jurídica del Acto Administrativo. Abeledo Perrot, pág. 205 y 206).

Las consideraciones que se dejan hechas son suficientes para anular los actos acusados.

E) Aunque en el punto segundo del “*petitum*” se solicita que se declare “inadmisibile e infundada la oposición presentada por el señor Hernando Leaffo Orozco ...”, la Sala denegará esta pretensión, pues no tiene competencia para hacer tal pronunciamiento. Como ya se dijo, en otro aparte de este proveído, las OPOSICIONES deben tramitarse con sujeción a lo establecido en la ley y fallarse por el Ministerio de Minas y Energía, como se desprende de lo preceptuado en el artículo 167 del Decreto 2477 de 1986.

También se denegará la pretensión que se orienta a que se condene al pago de los perjuicios sufridos por el demandante, pues éstos no se demostraron. La declaración que rindió el Señor LUIS FELIPE MACHETA BARRANTES no tiene el universo suficiente para llegar a la conclusión de que el daño fué probado en su existencia y en su extensión. El citado declarante se limita a afirmar que con los titulares del PERMISO se obligó a hacer la explotación de la zona, con su maquinaria, y que como contraprestación él se obligaba a pagarles un veinte por ciento (20%) sobre ingresos netos. Pero resulta que dentro del informativo no hay medio probatorio alguno que permita al sentenciador concluir si en puridad de verdad la explotación resultaba rentable o no. En esta materia la Sala hace suya la pauta jurisprudencial que la Corte Suprema de Justicia fijó en sentencia de 10 de noviembre de 1944. Magistrado Ponente Dr. Hernán Salamanca. Gaceta Judicial. Tomo 58. Nos. 2.016-2.018, pág. 113, 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

SECCION TERCERA

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”.

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: ANULANSE las Resoluciones Nos. 003844 del 21 de noviembre de 1988 y 000286 de 2 de febrero de 1989, proferidas por el Ministerio de Minas y Energía, por las razones dadas en los considerandos de este proveído.

SEGUNDO: Deniéganse las demás pretensiones de la demanda.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE.

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

CONTRATO ADMINISTRATIVO—Incumplimiento/ANTICIPO

Como de la omisión o mora en la cancelación del anticipo resulta clara la voluntad del Inderena de no dar cumplimiento a sus obligaciones, considera la Sala que sin necesidad de decretar la resolución judicial del mismo se puede declarar el incumplimiento de la administración y la indemnización de los perjuicios, por la elemental razón de que no se puede declarar resuelto lo que está terminado por vencimiento del término o por otro motivo de origen contractual o legal.

CONTRATO ADMINISTRATIVO—Incumplimiento/INDEMNIZACION DE PERJUICIOS/CLAUSULA PENAL PECUNIARIA

Frente a la ausencia de cuantificación especial de los perjuicios y ante el sistema descartado de calcular el monto indemnizatorio con base en el valor de la póliza de cumplimiento, encuentra la Sala procedente acudir al cálculo de los perjuicios con fundamento en el valor pactado en la cláusula penal pecuniaria, en el entendimiento de que ésta constituye el avalúo anticipado que las partes hacen de los perjuicios que resulten de la inejecución del contrato.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Santafé de Bogotá, D. C., noviembre ocho (8) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Daniel Suárez Hernández.*

Referencia: Expediente No. 6310. Actor: Pedro Salamanca Porras.

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por las partes contra la sentencia de 29 de marzo de 1990, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, mediante la cual se dispuso:

“1o.— Declárase resuelto el contrato número 55 de 1985, celebrado entre el Instituto Nacional de Recursos Naturales Renovables y del Ambiente — INDERENA — y el Señor Pedro Salamanca Porras con el objeto de construir un edificio adicional. “... a las instalaciones donde funciona la Unidad investigativa Federico Meden del Inderena, para servicios múltiples, de acuerdo con los planos y especificaciones suministrados por el INDERENA”, por incumplimiento de la entidad demandada a la obligación que tenía a su cargo, conforme a lo indicado en la parte motiva de esta providencia.

“2o.— Declárase responsable contractualmente al Instituto Nacional de los Recursos Naturales Renovables y del Ambiente — INDERENA — por el incumplimiento del Contrato de Obra Pública número 55 de 1985 celebrado entre esa entidad y el señor PEDRO SALAMANCA PORRAS.

“3o.— Como consecuencia de las declaraciones anteriores condénase al INSTITUTO NACIONAL DE LOS RECURSOS NATURALES RENOVABLES Y DEL AMBIENTE — INDERENA — a pagar al señor PEDRO SALAMANCA PORRAS la suma de un millón quinientos cuarenta y un mil cuatrocientos cuarenta y nueve pesos con 03/100 (\$1.541.449.03) moneda corriente por concepto de perjuicios ocasionados por el mencionado incumplimiento, la cual se actualizará tomando como base el índice de precios al por mayor que certifique el Banco de la República, conforme a lo indicado en la parte motiva de esta providencia.

“4o.— El valor actualizado devengará intereses comerciales durante los seis meses siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, en caso de no pago, y comerciales moratorios del vencimiento de ese término hasta su cancelación.

“5o.— Para el cumplimiento del presente fallo dése aplicación a los artículos 176 y 177 del C.C.A.

“6o.— Deniéganse las demás pretensiones de la demanda”. (Fols. 249 y 250).

I. ANTECEDENTES PROCESALES

1.— La demanda

El arquitecto Pedro Salamanca Porras, en demanda presentada el 10. de octubre de 1986 ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, solicitó que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

"1. DECLARACIONES:

"1.1. Que entre el Instituto Nacional de los Recursos Naturales Renovables del Ambiente (Inderena), domicilio en Bogotá, representado legalmente por su Gerente, señor doctor Germán García Durán y el señor Arquitecto (sic) con matrícula 1778 se celebró contrato administrativo de obra pública a precios unitarios, para la construcción de un edificio adicional en las instalaciones de la Unidad Investigativa Federico Medden, del (Inderena) para servicios múltiples, de acuerdo con planos, diseños y provisiones preliminares como aparece en el contrato fechado el 31 de diciembre/85 aclarado y modificado con fecha 20 de junio de 1986 por un valor de \$18.959.823.09 con anticipo del 50% o sea la suma de \$9.479.911.54.

"1.2. Que así mismo se contrató por órdenes sucesivas de la Gerencia del Instituto, supervisadas por el señor Arquitecto César Márquez en su condición de Asesor Técnico una asesoría de consulta para la diseñaición (sic), de los planos técnicos de la obra pública, proyección, cálculos de costos por la suma de \$1.838.618.70 lo que el demandante ejecutó e hizo entrega al Instituto y se causaron gastos directos por \$858.559.00.

"1.3. Que el contrato de obra pública a precio unitario se firmó el 31 de diciembre de 1985, satisfechos todos los antecedentes de carácter legal y procedimental exigidos por el Instituto, con pago de la suma de \$9.479.911.54 una vez que la Corporación Autónoma Regional de los Ríos Bogotá, Ubaté y Suárez (CAR) otorgara el permiso de localización mediante resolución 0727 del 24 de febrero de 1985 por darse las condiciones de zonificación respectiva.

"1.4. Que por tratarse de un contrato conjunto de asesoría y construcción de obra pública, se le pidió al Arquitecto Pedro Salamanca Porras, que asumiera la diseñaición y proyección para la elaboración de anteproyecto y proyecto de planos, cálculos de costos en virtud de que el Instituto no tenía suficientes medios para ello que exigieron durante más de doce semanas la asistencia de topógrafos para el levantamiento del contorno, en la zona del "Venado de Oro" en Bogotá.

"1.5. Que el Arquitecto Pedro Salamanca Porras, hizo entrega de sus trabajos de consultoría y asesoría al Instituto y formuló las respectivas cuentas de cobro por un valor de \$1.838.618.70 sin que se les hubiera dado a la fecha tramitación alguna, y que de la misma manera

SECCION TERCERA

se presentaron cuentas por el valor del anticipo o sea por la suma de \$9.479.911.54 con igual tratamiento y por gastos directos por la suma de \$858.559.00.

"1.6. Que el Instituto Nacional de los Recursos Naturales Renovables y del Ambiente (Inderena) recibió de la Auditoría observaciones de carácter objetivo y en relación al personal que se designó como Interventor de la obra pública de construcción, por lo que convino el Arquitecto Contratista que se extendiera otro contrato aclarativo y reformativo para subsanar las observaciones de la Auditoría, lo que aparece en el contrato 55/85 del 20 de junio de 1986. Por último se le hizo devolución de cuentas de cobro por el valor del anticipo con fecha 4 de julio de 1986 haciéndosele saber que no se podían iniciar los trabajos objeto del contrato mientras la Contraloría General de la República no 'feneciera' el contrato, lo que hasta la fecha (sic) tampoco ha dado su 'fencimiento' pero se le ha hecho saber por conducto de Asesor Técnico que la Gerente Doctora Margarita Marino Botero, no tenía interés en llevar adelante la ejecución de dicho contrato, por lo que el Instituto lo declaró resuelto por lo menos tácitamente y por vía de facto.

"1.7. Por lo anterior se pide que se declare resueltos unilateralmente y por vía de facto los contratos 55/85 de 31 de diciembre de 1985 y 55/85 del 20 de junio de 1986, y por tanto se ha causado el incumplimiento del mismo por el INDERENA.

"2. CONDENAS

"2.1. Condénase al Instituto Nacional de los Recursos Naturales Renovables y del Ambiente, (Inderena) a pagar, dentro de los términos legales y para procedimiento ejecutivo, al Arquitecto PEDRO SALAMANCA PORRAS, con cédula de ciudadanía No. 2.904.129 de Bogotá, las siguientes sumas a cargo de su presupuesto por razón de los perjuicios causados así:

"2.1.1. 1.000 gramos de oro por concepto de perjuicios morales como daño emergente.

"2.1.2. La suma de \$4.360.759.31 o la suma que resulte probada en juicio equivalente al 23% como valor que dejó de ganarse en la ejecución de dicho contrato de obra pública de construcción, según las Tablas de la Sociedad Colombiana de Arquitectos por causa de incumplimiento del Instituto como lucro cesante.

"2.1.3. La suma de \$1.838.618.70 por concepto de la asesoría y consultoría conjunta contractual consistente en la diseñación, localización estudio de suelos, levantamiento topográfico, proyección de planos para

la 1a. y 2a. alternativa, copias heliográficas y asistencia profesional, o la suma que resulte probada en el juicio como daño emergente y la suma de \$858.559.00 por gastos directos emergentes.

“2.1.4. Los valores indemnizatorios que se estiman en el petitum deberán ajustarse en su cuantía, según los índices de precios para empleados o mayoristas, intereses y costas judiciales”. (Fols. 2, 3 y 4).

2. — Los hechos

Los refiere así el actor en su demanda:

“5.1. El Instituto Nacional de los Recursos Naturales Renovables y del Ambiente, (INDERENA) como establecimiento público con patrimonio propio, autonomía administrativa y personería jurídica según el decreto 2420 de 1968 suscribió contrato de obra pública con el Arquitecto Pedro Salamanca Porras, con el objeto de construir un edificio adicional a la Unidad Investigativa Federico Meden, en la zona del ‘Venado de Oro’ de Bogotá, con planos, diseños, estudios de suelos, cálculos que ofreció entregar el Instituto al contratista, pero que por insuficiencia de personal resolvió que el contratista los proyectara por separado, por ser el contrato conjunto, en virtud de lo cual se presentaron las cuentas por razón del anticipo de \$9.479.911.54 y de \$1.439.303.73 por concepto de consulta y asesoría.

“5.2. En la cuenta de \$1.439.303.73 se hicieron deducciones equivalentes al 15% correspondientes al valor del anteproyecto, teniendo en cuenta que el proyectista iba a ser el contratista por lo que no habiéndose producido el anticipo y el conocimiento de que el Instituto no tenía interés en adelantar dicha obra pública, se cargó el valor anterior ese porcentaje deducido en cantidad de \$271.951.23, más \$30.00 (sic) por concepto del anteproyecto de la cafetería y \$97.363.62 por concepto de presupuesto detallado para el edificio de servicios múltiples en 2 y 3 piso (sic) (asegunda (sic) alternativa) para un total de servicios de asesoría y consultoría de \$1.838.618.70.

“5.3. Este contrato se aclaró con otro contrato 55/85 suscrito el 20 de junio de 1986, entre las partes por las razones que dá dicho contrato.

“5.4. Con fecha 24 de febrero la CAR expidió resolución 0727 concediendo permiso de localización para la construcción de dicho edificio en ‘Venado de Oro’.

“5.5. Se elaboraron presupuestos listas de precios análisis de precios unitarios para la ampliación de la sede administrativa y para el edificio

adicional para servicios múltiples en el Instituto Meden 'Venado de Oro' de Bogotá.

"5.6. Con fecha 6 de septiembre de 1985 mediante oficio 10433 se le pidió ampliación de presupuesto para las obras correspondientes a la construcción en el sitio denominado el 'Venado de Oro' y de acuerdo con los nuevos planos los cuales incluyen la ampliación de un nuevo edificio de tres pisos con características y acabados similares al diseño anteriormente autorizado.

"5.7. Los planos no se entregaron por el Instituto y se autorizó que el contratista los elaborara, lo mismo que los demás trabajos preliminares se entregaron con los estudios de análisis de precios, habiéndose hecho propuesta para trabajo conjunto de \$18.959.823.09 con anticipo del 50% o sea la suma de \$9.479.911.54 y con plazo de 24 semanas de construcción". (Fols. 5 y 6).

Agrega el demandante que por disposición de la Gerente de INDERENA, debió elaborar los planos para anteproyecto de la cafetería y para levantamiento de la sede administrativa, presupuestos, proyecto y planos del edificio para servicios múltiples en tres alternativas.

Además como consultor, realizó gastos directos como: trabajo de campo, visitas e inspecciones, copias heliográficas, fotocopias, registro del contrato, publicación oficial y suscripción de pólizas de seguro.

De otra parte, sostiene que el incumplimiento del contrato 55/85, su aclaración y reforma, origina una indemnización por lucro cesante de \$4.360.759.31 equivalente al 23% de honorarios profesionales, \$858.559 por daño emergente y \$1.838.618.70 por gastos directos.

3.— El Trámite

Notificado el Gerente del INDERENA, del auto admisorio de la demanda, en escrito de folio 96 designó apoderada, quien contestó la demanda en los términos del memorial que obra a los folios 98 a 104 y en el mismo solicitó pruebas. Sin embargo, el Tribunal no le reconoce personería, ni toma en cuenta la respuesta, ni las pruebas allí solicitadas, porque el poder no había sido presentada personalmente por su autor. La afectada recurrió en súplica (Fols. 126-128) y la Sala de decisión del Tribunal confirmó la determinación del Magistrado Sustanciador.

Agotada la etapa probatoria, se dispuso correr traslado para que las partes alegaran de conclusión, como en efecto lo hicieron: la actora en memorial de folios 204 a 209 y la demandada en escrito que obra a folios 210 a 217, cada una de acuerdo con los propios intereses expresados en el

libelo introductorio y en la inadmitida contestación de aquel. La Fiscal Segunda del Tribunal conceptuó favorablemente a las peticiones de la demanda en cuanto a la resolución de contrato e indemnización de perjuicios materiales, opiniéndose al reconocimiento de perjuicios de orden moral (Fols. 220-225).

4.— La Sentencia recurrida

En providencia visible a folios 227 a 250, el *a-quo* declaró resuelto el contrato No. 55 de 1985 y la responsabilidad contractual del INDERENA por su incumplimiento. Consecuencialmente dispuso el pago de \$1.541.449.09 en favor del actor por concepto de perjuicios cuya actualización se hará con base en los índices de precios al por mayor.

Para arribar a esa decisión el *a-quo* encontró perfeccionado el contrato referido por cuanto el contratista satisfizo todos los requisitos estatuidos y convenidos al efecto.

Ahora bien, cuando el demandante presentó la cuenta de cobro por el valor del anticipo, conforme a lo convenido, la entidad oficial no le pagó el valor correspondiente. En su lugar, le regresó la cuenta. Esta conducta de la administración condujo al Tribunal a aceptar que el Inderena no había cumplido sus obligaciones y que, por consiguiente, la no ejecución de las obras contratadas se le debía imputar a la entidad demandada, en cuyo favor no se daba ninguna causal exonerativa de responsabilidad contractual. Lo anterior le permitió al *a-quo* acceder a la declaración de incumplimiento por parte de la administración, a la resolución del contrato y a la indemnización de perjuicios.

De otra parte, como el actor pretende el pago de \$1.838.618.70 por concepto de trabajo de asesoría y consultoría que dice haber efectuado, el Tribunal consideró que tal reconocimiento no podía hacerse con fundamento en el contrato No. 55 de 1985 porque tales labores no corresponden al objeto pactado en dicho estatuto, ni se podían reconocer con apoyo en otro contrato, porque no existe en el proceso comprobación de las órdenes de trabajo para efectuar las funciones de asesoría y consulta referidas.

Con respecto a la condena de perjuicios, los cuales fueron tasados en la demanda en la suma de \$4.360.759.31, equivalente al 23% del valor del contrato, que en el proceso los peritos estimaron en igual cuantía y la actualizaron a la suma de \$12.388.916.88, el *a-quo* determinó desestimar ese avalúo porque carecía de justificación técnica y científica; porque el 23% referido se había computado en los \$18.959.823.08; porque el contrato de Obras Públicas se celebró a precios unitarios, entendiéndose que dentro del valor de la obra está incluida la ganancia del contratista; porque en este tipo

de contratos para establecer la utilidad se deben tomar en cuenta cuáles han sido los promedios en otros contratos celebrados y ejecutados; porque la actualización que hicieron los peritos a junio de 1986 era cronológicamente variable.

Lo anterior llevó al Tribunal a calcular las utilidades que el demandante hubiera podido obtener al ejecutar el contrato, sobre el valor de la garantía de cumplimiento constituido por \$1.895.982.30 (10% del valor del contrato), descontado el 23% del porcentaje de A.I.U., lo cual dejó un valor de \$1.541.449.03, para actualizarlo a partir de febrero de 1987, fecha para la cual el contratista hubiera recibido la totalidad del precio del contrato. Acudió el *a-quo* a la garantía de cumplimiento “en consideración a que esa fué constituida por el contratista, precisamente para asegurar el cumplimiento del contrato, y por tanto, como la administración no cumplió se entiende que correlativamente debe asumir una obligación por la misma cuantía ...”.

En cuanto respecta a los perjuicios morales pretendidos, el Tribunal estima que no fueron probados; y concluye además, que la administración no adujo como razón de su incumplimiento circunstancias atribuibles al contratista.

5.— El recurso de apelación

Ambas partes manifestaron su inconformidad con el fallo de primera instancia.

El demandante al sustentar el recurso de apelación sostuvo que no se había aplicado el artículo 305 del C. de P. C., pues se fijó una suma indemnizatoria que ninguna parte había solicitado, ni los peritos habían establecido. Considera que es una decisión extrapetita y que ha debido aplicarse el artículo 308 del C. de P. C., para tasar los perjuicios mediante nueva experticia. También cuestiona el criterio del Tribunal al tomar el valor de la garantía de cumplimiento como base para apreciar los perjuicios del contratista, porque ésta no indemniza ni el daño emergente, ni el lucro cesante. Aduce que los peritos siguieron el reglamento de honorarios de la Sociedad Colombiana de Arquitectos, “razonaron su concepto y lo expresaron con cálculos matemáticos en cada ítem. . .”. Estima que conforme al artículo 240 del C. de P. C. “está obligado el *a-quo*, a designar nuevos peritos, y no le era dable, sustituir de oficio, con su propio experticio, lo que implique abuso de derecho ...”.

Con relación al rechazo del dictamen por razón de las obras adicionales no pactadas en el contrato, considera el apelante que por ejecutarse los contratos de buena fe, “obliga no sólo a lo que en éstos se expresa, sino a todas las cosas que emanan de la naturaleza de la obligación y que por ley pertenecen a ella”. De otra parte sostiene que por razón del incumplimiento total

de la administración, ésta debe reponer todos los perjuicios morales y materiales, como la “perturbación personal, subjetiva de quien comprometió su actividad personal y profesional ...”.

La parte demandada al sustentar el recurso sostuvo que no hay lugar a la resolución del contrato porque el actor confesó “que se celebró con violación de norma de derecho público (Artículo 84 del Decreto 222 de 1983) generadora de la nulidad contemplada en el Artículo 1519 del Código Civil y 78 literal b) del Decreto 222 de 1983”. Afirma que el actor “llevó a error de buena fé, exenta de culpa a la Entidad, a celebrar el contrato demandado”. De lo anterior deduce la recurrente que no se dá el principio vinculante del Artículo 1602 del Código Civil, según el cual el contrato es ley para las partes “cuando ha sido CELEBRADO LEGALMENTE” y en el caso de estudio el propio contratista desvirtúa esa legalidad. Además, la propia actuación del demandante se concreta en dos principios: “NEMO AUDITUR SUAM TURPITUDINEM ALLEGANS” e “IN PARI CAUSA TURPITUDINEM CESSAT REPETITIO”, por cuanto nadie puede fundarse en su propio dolo para obtener beneficios a favor, ni “podrá repetirse lo que se ha dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas”. (Art. 1525 C.C.).

La parte actora alegó de fondo y básicamente reitera las razones de inconformidad expresadas en el escrito de sustentación.

La señora Fiscal Octava de la Corporación, en concepto de folios 273 a 278 solicita la confirmación del fallo apelado.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

La Sala encuentra demostrada la celebración de un contrato de obra pública a precios unitarios No. 55-85 entre el Instituto Nacional de los Recursos Naturales Renovables y del Ambiente INDERENA y el arquitecto Pedro Salamanca Porras, para “la construcción de un edificio adicional, a las instalaciones donde funciona la Unidad Investigativa Federico Meden del INDERENA, para servicios múltiples ...”. (Fol. 68 C. 1).

El contrato aludido fué perfeccionado conforme a lo establecido en el artículo 51 del Decreto 222 de 1983 y la cláusula vigésima de aquél. Así se desprende de las documentales de folios 32 a 46. Donde figuran las focotopias de las garantías de pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones, cumplimiento de contrato, manejo y buena inversión del anticipo, reserva presupuestal, pago de impuestos de timbre y derechos de publicación en el Diario Oficial.

De conformidad con la cláusula tercera del contrato, el pago se efectuaba mediante un anticipo del 50% del valor estimado, pagadero luego de que la CAR otorgara el permiso de localización y el contratista presentara

la respectiva cuenta de cobro, como efectivamente lo hiciera, según consta en documentos de folios 14 y 15 del cuaderno No. 2. El INDERENA, sin embargo, le devolvió la cuenta de cobro "por cuanto el contrato se encuentra en la Auditoría Especial ante el Inderena para su fenecimiento ...". (Fol. 16 C. 2).

Esta actitud asumida por el organismo oficial comporta el incumplimiento de sus obligaciones contractuales, una de ellas, fundamental para el desarrollo del mismo, era el pago que en ese momento estaba obligado a hacerle al contratista y que de ninguna forma total o fraccionada realizó, colocándose en mora, hasta el punto que el plazo máximo expiró y no hizo entrega del anticipo convenido.

Para la Sala resulta evidente el incumplimiento del contrato referido por parte de la entidad demandada y el cumplimiento de sus obligaciones por el contratista para los efectos de dar iniciación al término establecido para la construcción de la obra pactada, conforme se determinó en la cláusula quinta del estatuto contractual.

Las razones aducidas por la administración ante el contratista al devolverle la cuenta de cobro sin tramitar y condicionando la iniciación de los trabajos objeto de la contratación a "una respuesta favorable por parte de la Contraloría General de la República", cuando aquel había satisfecho todas sus obligaciones legales y contractuales, no son de recibo para sanear su incumplimiento. Esa actitud unilateral, deja entrever en el INDERENA no solo la omisión en el pago de la obligación económica a su cargo, sino la voluntad de incumplir el negocio jurídico convenido con el demandante. Así lo entiende la Sala porque la falta de cumplimiento por parte de la demandada implicaba no sólo impedir el inicio del contrato, sino la supresión del apoyo económico del 50% fundamental para su desarrollo.

Ahora bien, como de la omisión o mora en la cancelación del anticipo aludido, resulta clara la voluntad del Inderena de no dar cumplimiento a sus obligaciones, considera la Sala que sin necesidad de decretar la resolución judicial del mismo se puede declarar el incumplimiento de la administración y la indemnización de los perjuicios referidos, por la elemental razón de que no se puede declarar resuelto lo que está terminado por vencimiento del término o por otro motivo de origen contractual o legal.

Para el *a-quo* la valoración que de los perjuicios hicieron los peritos (Fols. 169-195 C.1) no resultó admisible, ni aceptable, porque encontró en la experticia varios aspectos y deficiencias en relación con la ausencia de explicaciones técnicas y los procedimientos seguidos para arribar a las cantidades anotadas en el dictamen referido. Las razones tomadas en consideración por el Tribunal, las comparte la Sala para desestimar también en esta instancia los valores periciales reseñados.

Con relación al monto indemnizatorio deducido por el *a-quo* con base en el valor de la garantía de cumplimiento del contrato, pactada en un 10% del precio del mismo y deducido el 23% correspondiente al A.I.U., cuyo total lo liquidó en la suma de \$1.541.449.03, considera la Sala que tal reconocimiento debe modificarse. En efecto, de una parte, la póliza de seguro de cumplimiento fué expresamente tomada “en favor de entidades oficiales” y el asegurado o entidad contratante fué el INDERENA (Fol. 36 C. 3), luego, mal podría equipararse esta garantía del ente oficial, para aplicarla al contratista particular y, de otra, dicha póliza no conlleva el pago del daño emergente y lucro cesante que en determinado momento pueda sufrir el contratista.

Estima la Sala, con criterio distinto al del Tribunal, que dada la dificultad para establecer el monto de los perjuicios que el incumplimiento oficial le ocasionó al arquitecto Salamanca Porras, porque sobre el particular la prueba documental se muestra deficiente y la experticia imprecisa y equivocada, hasta el punto de asignar un porcentaje genérico del 23% por concepto de A.I.U., sin determinar individualmente cada uno de estos factores, lo cual impide en el momento de decidir, que se conozca el monto porcentual asignado a la Administración, el correspondiente a Imprevistos y el de Utilidades, con la apreciación adicional de que dadas las circunstancias mismas del proceso de contratación, al no darse su comienzo, mal podría liquidarse suma alguna por Administración (que no la hubo), ni de imprevistos (que no podían presentarse), en ambos casos por sustracción de materia.

Frente a la ausencia de cuantificación especial de los perjuicios y ante el sistema descartado de calcular el monto indemnizatorio con base en el valor de la póliza de cumplimiento, encuentra la Sala procedente acudir al cálculo de los perjuicios con fundamento en el valor pactado en la cláusula penal pecuniaria, en el entendimiento de que esta constituye el avalúo anticipado que las partes hacen de los *perjuicios* que resulten de la inejecución del contrato. Al respecto, la Corte ha considerado que “La pena establecida en la cláusula penal se considera equivalente a los perjuicios, esto es, como el reconocimiento antelado de que, en su caso se producen, y la fijación también antelada de su valor”. (Sentencia 11 de diciembre de 1954, LXXIX, 239, Ortega Torres p. 686).

Entendida entonces la pena contractualmente señalada como “la estimación anticipada del perjuicio que se causa a la otra parte por el incumplimiento de lo pactado o por el mero retardo” (Sentencia 21 de febrero de 1974 — Anales del Consejo de Estado, Tomo LXI, p. 767), resulta viable entonces, en el caso examinado, calcular los perjuicios con base en la cláusula penal pecuniaria “equivalente al 10% del valor del contrato” (Cláusula Décima Cuarta), es decir, que liquidados así tales perjuicios a estos les corresponde la suma de \$1.895.982.30, monto que se actualizará a partir de la fecha de presentación de la demanda, o sea, el 1o. de octubre de 1986,

SECCION TERCERA

con base en el índice de precios al por mayor que certifique el Banco de la República a la fecha de ejecutoria de esta providencia. Para tal efecto, se utilizará la fórmula:

$$V_p = V_h \frac{\text{Ind. final}}{\text{Ind. inicial}}$$

donde V_p : es el valor presente o actualizado; V_h : valor histórico o inicial (\$1.895.982.30); Índice Inicial: el de 1o. de Octubre de 1986; Índice Final: el vigente a la ejecutoria de este fallo. Cabe señalar que criterio similar al plasmado en este fallo lo consignó la Sala en providencias del 30 de enero de 1984, proceso 3230 de Francisco Camargo Molano y del 4 de marzo de 1988, proceso 5073 de Marcadores de Seguridad Vial, ponencia del señor Consejero Carlos Betancur Jaramillo.

Ahora bien, el valor histórico determinado en la suma de \$1.895.982.30 devengará intereses técnicos desde el mes de octubre de 1983, hasta la fecha de ejecutoria de esta providencia, a la tasa del 6% anual, sin que haya lugar al pago de intereses, ni corrección monetaria sobre los mismos.

Por cuanto sólo queda por desarrollar la fórmula anotada, con el aporte de la certificación del Banco de la República sobre los índices aludidos, la condena se entiende que es en concreto.

Con relación a los perjuicios de orden moral, reclamados en cuantía equivalente a 1.000 gramos de oro, la Sala se muestra de acuerdo con la decisión del Tribunal, toda vez que tales perjuicios carecen de comprobación procesal y el INDERENA no basó su incumplimiento en razones atribuibles a la persona del demandante.

Por consiguiente no hay lugar a reconocimiento alguno por este concepto.

En cuanto respecta al reconocimiento y pago de las sumas de \$1.838.618.70 y \$858.559 derivados de los trabajos de "asesoría y consulta" que sostiene el demandante haber ejecutado, considera la Sala que no hay lugar a decidir favorablemente esta petición *por cuanto no se estableció el origen contractual de las supuestas labores de asesoría*, ni se acreditó a cabalidad que las mismas fueran dispuestas como órdenes de trabajo impartidas por funcionarios competentes del ente demandado. Sobre este particular la Sala reitera y comparte los razonamientos que hizo el *a-quo* en la sentencia recurrida y, por consiguiente, arriba a idéntica conclusión.

En mérito de lo expuesto, parcialmente de acuerdo con la Fiscalía Octava, 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: Modifícanse los ordinales 1o., 2o. y 3o. de la sentencia fechada el 29 de marzo de 1990, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, los cuales quedan así:

1o. Declárase que el Instituto Nacional de los Recursos Naturales Renovables y del Ambiente – INDERENA – incumplió el Contrato de Obra Pública No. 55 de 1985 celebrado entre esa entidad y el arquitecto Pedro Salamanca Porras.

2o. Como consecuencia de la anterior declaración condénase al Instituto Nacional de los Recursos Naturales Renovables y del Ambiente – INDERENA – a pagar al señor Pedro Salamanca Porras la suma de UN MILLON OCHOCIENTOS NOVENTA Y CINCO MIL NOVECIENTOS OCHENTA Y DOS PESOS CON 30/100 (\$1.895.982.30) moneda corriente por concepto de perjuicios materiales ocasionados por el incumplimiento. El valor anterior ganará intereses técnicos del 6% anual, conforme se expuso en la motivación en esta providencia.

La suma referida se actualizará conforme se estableció en la parte motiva y el interesado allegará los índices de precios al por mayor que certifique el Banco de la República para el mes de septiembre de 1986 y el veinte a la fecha de ejecutoria de esta providencia.

SEGUNDO: Confírmense los ordinales 4o., 5o. y 6o. de la sentencia recurrida.

COPIESE, NOTIFIQUESE, CUMPLASE Y DEVUELVA.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha, siete (7) de noviembre de mil novecientos noventa y uno (1991).

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

FALLA DEL SERVICIO DEL EJERCITO/CONSCRIPTO/SERVICIO MILITAR—Ingreso

Antes de ser incorporado al servicio militar, el hoy occiso venía padeciendo males de salud; no obstante, en los distintos exámenes médicos que se le practicaron, antes de ser incorporado, resultó apto. Todo indica que los exámenes que se le practicaron antes de su incorporación al servicio militar, no se hicieron en forma científica, esto es, seria y objetiva. La administración no se ocupó de atender al enfermo con las garantías eficaces que su estado de desvalimiento exigían. Se olvidó su condición de persona. Por ello, impone introducir mucho más alma en los cuarteles, para que quienes allí pasan parte de su vida, no se sientan perdidos, privados de raíces humanas, en otras palabras: convertidos en un número.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Santafé de Bogotá, D. C., noviembre ocho (8) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Doctor Julio César Uribe Acosta.*

Referencia: Expediente No. 6480. Actor: Efraín Cárdenas Pineda y otros.
Demandado: La Nación—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 desatar el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte actora contra la sentencia calendada el día dos (2) de agosto de mil novecientos noventa (1990), proferida por el

Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en virtud de la 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, generales y particulares del caso, se transcribe a continuación lo pertinente del fallo, en el cual se razona dentro del siguiente universo:

“El señor Efraín Cárdenas Pineda y la señora Gabriela Díaz de Cárdenas, en su propio nombre y en representación de sus hijos menores Yamile y Efraín Armando Cárdenas Díaz y Luz Fanny, Edgar y Luis Felipe Cárdenas Díaz, por intermedio de apoderado y en ejercicio de la acción de reparación directa, presentaron demanda en el Tribunal Administrativo del Tolima para que, previos los trámites de un juicio contencioso administrativo, se hagan las siguientes declaraciones y condenas:

“1o.— Que el soldado OSWALDO HEBER CARDENAS DIAZ, cédula de ciudadanía No. 314.178 de Girardot, código militar 8600443, falleció el día 24 de febrero de 1986, en la guarnición militar de Tolimaida, en Melgar, de profesión estudiante de 19 años de edad aproximadamente, soltero, a consecuencia de una septicemia complicada con bronconeumonía y pielonefritis adquirida mientras prestaba su servicio militar obligatorio, habiendo sido incorporado irregularmente por el Distrito No. 41, padeciendo una lesión nefropática de la cual se informó en su oportunidad, sin que mereciera atención y con constancia de aptitud sicofísica mediante actas 057 y 002.

“2o.— Que el soldado OSWALDO HEBER CARDENAS DIAZ, quien se había incorporado el día 10 de enero de 1986 presentó por consecuencia del servicio militar agravación de su sintomatología nosológica y por falla del servicio médico falleció el día 24 de febrero de 1986.

“3o.— Que como consecuencia la Nación es civilmente responsable de la muerte de OSWALDO HEBER CARDENAS DIAZ, y se le condena al pago a cada uno de los señores Efraín Cárdenas Pineda y Gabriela Díaz de Cárdenas, en su condición de padres legítimos del causante por razón de perjuicios morales los valores equivalentes a mil gramos (1000) de oro y de ochocientos (800) gramos de oro a sus hermanos Luz Fanny, Edgar, Luis Felipe, Yamile y Efraín Armando Cárdenas Díaz.

“4o.— Que por la misma causa falla del servicio se condena a la Nación — Ministerio de Defensa Nacional, a pagarle a los padres del causante OSWALDO HEBER CARDENAS DIAZ, los siguientes valores dinerarios:

"4.1. Desde el día 26 de febrero de 1986 a la fecha de la sentencia como indemnización debida, teniendo en cuenta un salario mínimo de \$16.811.40 una mitad de \$8.405,50 para cada uno de los padres, pues la otra por ser soltero el causante, para lo que hubiera sido su propio sostenimiento, si viviera, no se tiene en cuenta, ajustada en su valor e intereses de mora.

"4.2. Para los efectos de la liquidación de la indemnización que se debe, se aplicará la fórmula siguiente:

$$\frac{\text{"CAPITAL X INDICE ACTUAL DE PRECIOS = POR NUMERO DE MESES}}{\text{INDICE INICIAL DE PRECIOS.}}$$

"Se entenderá como índice actual de precios, el de la fecha de la sentencia y como índice inicial el que correspondió al mes del fallecimiento y este resultado multiplicado por el número de meses hasta la fecha de la sentencia.

"4.3. Por indemnización futura, el valor que resulte de aplicar la siguiente fórmula:

$$P - E = \frac{(1 + I)^{n-1}}{(1 - I)^n}$$

"En que P = al valor presente o sea la suma que se busca por concepto de perjuicios futuros, atendiendo el interés técnico del 6% anual con que se castiga al capital por razón de que se paga anticipadamente. R = renta mensual o anual reajustada a la fecha de la liquidación. I = Interés técnico; N = número de meses que se toman para hacer la liquidación. Tomando en cuenta el año presunto de vida probable de cada uno de los padres.

"4.4. Y la suma de \$45.000.00 que fueron cancelados por servicios funerarios.

"4.5. Por la vía subsidiaria, solicito que para los efectos de la condena se tenga en cuenta, el salario mínimo que corresponda a la fecha de la sentencia, como capital dejado de recibir presuntivamente por los padres".

"Como fundamentos de hecho en la demanda se exponen los siguientes:

"III.1. El señor OSWALDO HEBER CARDENAS DIAZ, nació el 27 de abril de 1986 (sic) hijo de Efraín Cárdenas Pineda y de Gabriela

“En este proceso se pretende la declaración de responsabilidad de la Nación por la muerte del Soldado Oswaldo Heber Cárdenas Díaz ocurrida el día 24 de febrero de 1986 y la consiguiente condena a esa entidad al pago de los perjuicios morales causados por ese hecho a los demandantes y materiales a los padres Efraín Cárdenas Pineda y Gabriela Díaz de Cárdenas.

“En la demanda se aduce como fundamento de la responsabilidad de la Nación la tesis de la falla del servicio que los actores consideran que se presenta por un doble aspecto. En primer lugar en cuanto Oswaldo Heber Cárdenas Díaz fué incorporado al servicio militar cuando venía padeciendo una nefropatía con manifestaciones de hematuria con sintomatología de litiasis renal, la cual está contemplada como una lesión causante de incapacidad sicofísica para el ingreso, presentándose en consecuencia, una falla del servicio de reclutamiento. En segundo lugar, en cuanto como consecuencia del servicio militar, el soldado Cárdenas Díaz presentó una agravación de su sintomatología nosológica y por falla del servicio médico falleció.

“Como ocurre en los casos en que se pretende la declaración de responsabilidad de una entidad pública con fundamento en la tesis de la falla del servicio, el daño y la relación de causalidad entre esos dos elementos.

“De manera que para determinar si la Nación es responsable administrativamente de la muerte del soldado Oswaldo Heber Cárdenas Díaz por falla en el servicio de reclutamiento para el servicio militar, se requiere la verificación orientada a establecer si en el proceso obran las pruebas suficientes que permitan establecer la configuración de los tres elementos mencionados.

“En este orden de ideas se tiene que en el proceso se encuentran demostrados los siguientes hechos:

“1.— Que a Oswaldo Heber Cárdenas Díaz se le practicaron los exámenes médicos de incorporación al servicio militar obligatorio en las instalaciones del Distrito Militar número 41 de Girardot y fué declarado apto, conforme se desprende de las Actas de examen médico practicado a contingentes de soldados Bachilleres en el mes de enero de 1986 (folios 65 a 73, Cuad. No. 1).

“2.— Que Oswaldo Heber Cárdenas Díaz fué incorporado como soldado Bachiller al Batallón de Ingenieros de Apoyo de Tolemaida el 10 de enero de 1986, conforme aparece consignado en el Acta de entrega y recepción del personal de concriptos integrantes del segundo contingente de soldados Bachilleres incorporados por el Distrito Militar.

número 41 de Girardot. (fls. 74 y 75, Cuad. 1). Así mismo fué dado de alta, según orden del día número 009 del 15 de enero de 1986 del Batallón de Ingenieros de Apoyo (fl. 83, Cuad. 1).

"3.— El soldado Oswaldo Heber Cárdenas Díaz ingresó al Hospital Militar de Tolemaida el 15 de febrero de 1986 a consulta por dolor en región lumbar izquierda, irradiado posteriormente hacia la fosa ilíaca izquierda y testículo izquierdo con disuria, a lo cual se le dió el diagnóstico de litiasis renal izquierda y se le trató con líquidos parenterales, antiespasmódicos paraneural, filtración de orina, control de temperatura y de signos vitales y exámenes de laboratorio, presentándose una evolución satisfactoria del paciente, con mejoría clínica y paraclínica de su estado, por lo cual se le dió salida del hospital el día 20 de febrero de 1986, con control por consulta externa. El episodio por el cual ingresó al hospital el 15 de febrero de 1986 se había presentado en cuatro oportunidades anteriores y por ello tratado ambulatoriamente por la Teniente Médico María Lilibianca Blanco Herrán. Posteriormente el paciente fué hospitalizado el 22 de febrero de 1986 por persistencia de su cuadro, consulta por dolor abdominal difuso de dos días de evolución irradiando a espalda, ardor al orinar, fiebre alta no cuantificada, vómito en cinco oportunidades; en esta oportunidad se le diagnosticó litiasis renal, infección vías urinarias, celulitis brazo izquierdo post flebitis y glomerulopatía en estudio y se le trató con antiespasmódicos, antiinflamatorio y por vía oral, calor local en brazo izquierdo, líquidos parenterales, control de signos vitales y exámenes de laboratorio; el lunes 24 de febrero de 1986 a las 7 y 20 a.m. el paciente presentó paro cardiorrespiratorio, se le hicieron maniobras de resucitación a las cuales no reaccionó, procediéndose a suspenderlas diez minutos después. Todo lo anterior se encuentra comprobado mediante la Historia Clínica llevada al Soldado Cárdenas Díaz en el Hospital Militar de Tolemaida y enviada en copia para este proceso por el Comandante del Batallón de Ingenieros de Apoyo (folios 84 a 86, Cuad. 1).

"4.— El fallecimiento del Soldado Oswaldo Heber Cárdenas Díaz, el día 24 de febrero de 1986. Este hecho se encuentra demostrado con el certificado del Alcalde Municipal de Nilo sobre la inscripción de la partida civil de defunción, el acta de la diligencia de levantamiento del cadáver llevada a cabo en la Inspección Segunda Municipal de Melgar y con la mencionada Historia Clínica (folios 4, 11 y 84 y 85, cuad. 1).

"5.— Oswaldo Heber Cárdenas Díaz había sido tratado en forma particular en Girardot por el médico Mario Burbano Vargas el día 29 de agosto de 1984, según consulta por dolor lumbar izquierdo de un año de evolución, irradiado a hipogastrio bilateralmente. En esa oportu-

nidad se le diagnosticó homaturia y se le recomendó que regresara para control y exámenes definitivos que llevaran a un diagnóstico definitivo y el paciente, después del 3 de septiembre del mismo año, no regresó a consulta. Lo anterior se desprende de la Historia Clínica elaborada por el Doctor Burbano Vargas acompañada en original con la demanda, así como de la declaración rendida por dicho médico ante el Juez Segundo Civil del Circuito de Girardot, quien fué comisionado para el efecto (folios 10, cuad. 1 y 9 a 35, cuad. 2).

“Del exámen de las pruebas que obran en el proceso la Salá llega a la conclusión de que no se estructura la falla en el servicio de reclutamiento, conforme a los siguientes razonamientos:

“1o.— Es cierto que para el ingreso al servicio militar los organismos de reclutamiento deben establecer las condiciones sicofísicas de las personas en edad para cumplir con esa obligación de prestar dicho servicio mediante la práctica de exámenes médicos, sicológicos y de laboratorio que permitan calificarlas como aptas para el mismo, pues así lo establecen disposiciones de carácter legal, entre ellas las del decreto 1836 de 1979, vigente para la época de los hechos, y ahora en el decreto número 0094 de 1989, modificatorio de aquél, o sea el estatuto de la capacidad sicofísica, incapacidades, invalideces e indemnizaciones del personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, y de la Policía Nacional, soldados, Agentes, Alumnos de las Escuelas de formación y personal civil del Ministerio de Defensa y la Policía Nacional.

“2o.— Es igualmente cierto que el Distrito Militar número 41 de Girardot le practicó exámenes médicos a Oswaldo Heber Cárdenas Díaz y lo calificó como apto para el servicio militar y, en consecuencia, se dispuso la incorporación de aquel como, soldado, como, en efecto, se hizo el 10 de enero de 1986 cuando ingresó al Batallón de Ingenieros de Apoyo en Tolemaida.

“3o.— Pero ocurre que no se demostró el hecho aducido en la demanda según el cual los padres de Oswaldo Heber Cárdenas Díaz pusieron en conocimiento de la Comisión de Reclutamiento que aquel padecía una lesión nefropática de algún cuidado, para lo cual le presentaron, además, un informe del médico urólogo Mario Burbano Vargas, en relación con su incapacidad para el servicio militar, lo cual no fué atendido, pues se produjo su incorporación. En efecto, en el expediente no se encuentra ninguna prueba que sustente esa afirmación, pues para establecer ese hecho, los actores solicitaron la declaración del Teniente Médico Pedro Merchan, en su condición de integrante de la Comisión de Reclutamiento, y esta fué negada por el Magistrado Ponente del Tribunal Administrativo del Tolima que conoció inicialmente del proceso mediante auto del 22 de octubre de 1986 al considerar que no

reunía los requisitos del artículo 219 del Código de Procedimiento Civil.

“4o.— De manera que no se puede afirmar que la Comisión de Reclutamiento con base en la información suministrada por los padres del conscripto Cárdenas Díaz hubiese conocido la enfermedad que éste venía padeciendo. Pero, además, tampoco se puede concluir que se hubiese presentado una falla en el reclutamiento en cuanto se dispuso la incorporación de una persona que sufría una alteración sicofísica que daba lugar a la calificación de no apto para el desempeño del servicio militar, pues, de una parte, no se encuentra demostrado que la enfermedad que venía padeciendo Cárdenas Díaz fuese detectable mediante los exámenes médicos que se deben practicar para efectos del reclutamiento, y, de otra, no se estableció con la prueba idónea que efectivamente el estado de la enfermedad en el momento de dichos exámenes permitían deducir que se trataba de una alteración sicofísica suficiente para la calificación de no apto para el servicio militar.

“Tampoco se configuraría el elemento relación de causalidad para el evento de que se hubiese llegado a la conclusión de que hubo falla del servicio al incorporar a una persona que sufría de una alteración sicofísica que lo hacía no apto para la prestación del servicio militar, puesto que no existe prueba suficiente para deducir que la incorporación y permanencia de Cárdenas Díaz en las condiciones de salud que presentaba produjo un agravamiento de su enfermedad dada la naturaleza de la actividad propia del servicio militar con la incidencia suficiente para producir su muerte. Es decir, que en realidad no existe prueba que permita establecer que la muerte se produjo como consecuencia de la falla en el servicio de reclutamiento y, por tanto, en relación con este aspecto la Sala llega a la conclusión de que no se reúnen los elementos estructurales de la responsabilidad como para acceder a la declaración de esa figura con respecto a la Nación y en razón de la muerte del soldado Oswaldo Heber Cárdenas Díaz.

“En cuanto a la responsabilidad por la falla del servicio médico ofrecido al soldado Cárdenas Díaz, la Sala igualmente considera que no se encuentran reunidos los elementos. En apoyo de esas conclusiones se hacen las siguientes consideraciones:

“1a. Es evidente que los Soldados mientras permanezcan prestando el servicio militar obligatorio tienen derecho a que el Estado les suministre el servicio de asistencia médica, pues así lo contemplan las previsiones contenidas en los artículos 56 de la ley 1a. de 1945 y 1o. del Decreto 1414 de 1975.

“2a. En consecuencia puede presentarse una situación de falla del servicio médico con respecto a las personas que se encuentran prestando el

servicio militar obligatorio. Esa falla del servicio médico requiere la demostración de la negligencia, la falta de cuidado del servicio médico u hospitalario para con el paciente, con una incidencia suficiente como para deducir que aquella fué la causa del daño ocasionado al paciente, pues cuando una persona se somete a un tratamiento o a una intervención quirúrgica necesariamente acepta los riesgos que pueden sobrevenir como consecuencia de los mismos, dado que no en todos los casos se puede esperar un resultado satisfactorio. La obligación del médico es la de brindar sus conocimientos y la del servicio hospitalario la de suministrar los elementos requeridos en una forma tal que se produzca una integración que conduzca a que el exámen, cirugía o tratamiento del paciente se desarrolle dentro de las condiciones normales de la ciencia médica. Se trata de una obligación de medio y nó de resultado, pues el servicio médico sólo puede garantizar que los médicos ofrezcan todos sus conocimientos profesionales para brindar el tratamiento o intervención indicadas para cada paciente, así como que estos se desarrollarán con el máximo cuidado, y que el respectivo establecimiento hospitalario suministrará todos los elementos quirúrgicos, farmacéuticos y de laboratorio, así como el personal médico, paramédico y auxiliar requerido para la intervención o tratamiento, más no la de que el resultado del tratamiento o de la intervención ofrezca resultados satisfactorios, por cuanto en algunas ocasiones, a pesar del eficiente tratamiento y atención médica, de la aplicación de las técnicas y de los avances de la ciencia médica, se producen resultados desfavorables que pueden llevar a un agravamiento o complicación de la enfermedad, a la aparición de otra y aún a la muerte.

“3a. Es cierto que el Soldado Oswaldo Heber Cárdenas Díaz acudió al servicio médico ofrecido por el Batallón Ingenieros de Apoyo en consulta por dolores en región lumbar izquierda que luego se irradiaron hacia la fosa iliaca izquierda y testículo izquierdo con disuria y fué atendido inicialmente en cuatro oportunidades en forma ambulatoria y luego en dos oportunidades mediante hospitalización en el Hospital Militar de Tolemada, con el resultado de que a pesar del tratamiento ofrecido falleció en el mismo hospital.

“4a. Así mismo se encuentra demostrado que durante la primera permanencia del Soldado Cárdenas Díaz en el Hospital Militar de Tolemada —febrero 15 a 20 de 1986— se le diagnosticó litiasis renal izquierda y que en la segunda hospitalización —febrero 22 a 24 de 1986— se le diagnosticó litiasis renal, infección vías urinarias, celulitis brazo izquierdo postflebitis y glomerulopatía en estudio.

“5a. Conforme al dictámen técnico rendido por dos patólogos forenses de la Sección de Patología Forense del Instituto de Medicina Legal, se encuentran demostrado que el tratamiento ofrecido al paciente no fué

el adecuado, por cuanto la norma de tratamiento ante el diagnóstico de la infección de vías urinarias y celulitis de brazo izquierdo era la administración de antibióticos, lo cual no se hizo, pues sólo se le dió tratamiento sintomático (folios 170 a 172), cuad. 1).

“6a. Pero ocurre que, en definitiva, no se incorporó al proceso la necropsia que, según lo consignado en la Historia Clínica, se le practicó al Soldado Cárdenas Díaz. Y la fotocopia del certificado de defunción que obra a folio 161 del cuaderno número 1, así como los del registro civil de defunción que aparecen a folios 105 y 162, fueron allegados al proceso por el apoderado de los demandantes cuando ya había precluido la oportunidad legal para que la parte actora pudiera pedir y acompañar pruebas. Con la demanda se acompañó una certificación sobre la inscripción de la partida civil de defunción más no ésta (Folio 4, cuad. 1). De manera que esta circunstancia no permite conocer procesalmente la causa de la muerte del soldado Cárdenas Díaz, pues la septicemia, bronconeumonía y pielonefritis tenidas en cuanto por los patólogos forenses en el dictamen de Medicina Legal como causas de la muerte, no se pueden tener en cuenta, pues no obran en una prueba decretada y oportunamente allegada al proceso, ni en una con el valor probatorio suficiente para considerarlos como establecidos.

“7a. De manera que como no se conoce la causa del paro cardiorespiratorio que le produjo la muerte al soldado Cárdenas Díaz, la conclusión para la Sala es la de que no se puede establecer la relación de causalidad entre la falla en el tratamiento médico ofrecido al paciente al no administrarle antibióticos para atacar la infección que presentaba y el deceso del mismo. Se puede decir que hubo una falla del servicio, más no se demostró la relación de causalidad que debe existir entre esa falla y el daño causado, que para este caso es la muerte del Soldado Cárdenas Díaz.

“8a. Es cierto que en el dictamen de Medicina Legal se llega a la conclusión de que si hay relación de causa a efecto entre la negligencia médica y el daño al paciente, pues los patólogos forenses que lo emitieron consideran que la muerte ocurrió por septicemia que es complicación de la infección de vías urinarias —pielonefritis aguda— no tratada. Pero como para llegar a ese dictamen se tuvo en cuenta el certificado de defunción, según el cual el Soldado Cárdenas Díaz falleció por septicemia, bronconeumonía y pielonefritis, la Sala no lo puede acoger, pues se apoya en una prueba que no se puede apreciar en el proceso.

“En esta forma la Sala se aparta del concepto rendido por el señor Fiscal del Tribunal Superior de Ibagué en el sentido de que se debe acceder a las pretensiones de la demanda al considerar que se reúnen los elementos constitutivos de la responsabilidad por falla del servicio, puesto que,

como ya se anotó, en realidad la conclusión que surge del proceso es la de no se configuran aquellos.

“Como el apoderado de la Nación objetó por error grave el dictámen pericial rendido por los peritos Teódulo Pérez Bohórquez y Saúl Garzón Ramírez, designados por el Tribunal Administrativo del Tolima para que evaluaran los perjuicios materiales teniendo en cuenta las pruebas que se allegaron al proceso, la Sala se pronunciará sobre ese particular (folios 93 a 98, cuad. 1). La objeción se sustenta con el argumento de que los peritos se limitaron a realizar los promedios en simples operaciones matemáticas, sin tener en cuenta que la metodología que se debe emplear obedece a las técnicas estrictas de las matemáticas actuariales, y que tampoco individualizaron el valor de la indemnización debida ni de la futura.

“Es evidente que para establecer el valor de la indemnización los peritos no utilizaron las fórmulas de las matemáticas financieras adoptadas para estos casos, sino que emplearon un método distinto según el cual no tomaron en cuenta los ingresos devengados por la víctima en el momento del fallecimiento, sino el valor promedio de esos ingresos durante la vida probable, para luego calcular de esa manera los ingresos por cada año del período de vida probable. De manera que la Sala advierte que los peritos utilizaron un método distinto al empleado para establecer la indemnización debida y la futura, sin la debida explicación, ni fundamentación, mas que sin que ello implique por sí solo un error grave. Se advierte, sí, que el dictamen parte de unas bases que probatoriamente no se pueden tener por establecidas y que, por consiguiente, habrían tenido incidencia en la apreciación del mismo para el evento de que se hubiera accedido a la condena pedida, como son, entre otras, las de que se acceda a la indemnización de los demandantes cuando no está demostrado que la víctima ofreciera asistencia económica a aquellos y que se tenga en cuenta el máximo de vida probable de la víctima para reconocer la indemnización futura de los padres demandantes, pero como sobre esos aspectos no hizo la objeción, la Sala considera que no hay lugar a declarar su prosperidad.

“En el proceso no se demostró la causación de costas. Por consiguiente no se condenará a la parte demandante.

“En mérito de lo expuesto, EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, SECCION TERCERA, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

“1o.— No prospera la objeción que por error grave del dictamen pericial rendido por los peritos TEODULO PEREZ BOHORQUEZ y SAUL GARZON RAMIREZ formuló el apoderado de la Nación.

“2o.— Deniéganse las pretensiones de la demanda.

“3o.— No se condena en costas a la parte demandante”. (Fls. 176 a 192 del Cdno. No. 1).

II**SUSTENTACION DEL RECURSO**

A folios 196 y siguientes del Cuaderno No. 1, aparece el escrito en que el procurador 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, para lo cual argumenta, en lo pertinente, dentro del siguiente temperamento:

“B1. En relación a la prueba que aparece después de la vista fiscal, y que se dice groseramente que no puede apreciarse pues no obran en pruebas decretadas, me permito transcribir el auto que para mejor proveer expidió el señor ponente y que dice:

“Por considerarlo necesario para el esclarecimiento de los hechos que en este proceso se controvierten y en aplicación del artículo 18— del C.P.C. se insiste en la práctica de algunas pruebas decretadas por el Tribunal Administrativo del Tolima mediante auto de octubre 22 de 1986. En consecuencia dispone 1o. Líbrese oficio al Director del Hospital Militar de Tolemaida a fin de que se sirva remitir fotocopia debidamente autenticada, íntegra y legible de la historia clínica del soldado Oswaldo Eber Cárdenas Díaz, código número 8600443 quien ingresó a esa institución hospitalaria el 15 de febrero de 1986. Igualmente solicítense transcripción mecanográfica de la misma. Hágasele saber que se insiste en esta petición por cuanto a pesar de que mediante oficio número 313 del 28 de noviembre de 1986 y por intermedio del Comandante del Batallón de Ingenieros de Apoyo remitió al Tribunal Administrativo del Tolima transcripción de la historia clínica aludida, esta se encuentra incompleta.

“Además deberá enviar copia de la autopsia practicada al mencionado soldado por el Médico del municipio de Melgar el día de su fallecimiento 24 de febrero de 1986— y de los resultados del estudio de patología

a las que se refiere en la parte final de su oficio 313 -BR- 10B ASER- HOSGUAR 193 de noviembre 28 de 1986.

"2. Mediante oficio solicítese al Médico Legista del municipio de Melgar se sirva remitir copia debidamente autenticada de la necropsia practicada al soldado Oswaldo Heber Cárdenas Díaz, el día 24 de febrero de 1986 y de los resultados de la patología practicados.

"3o. Reitérese al señor Juez Segundo Civil del Circuito de Girardot la comisión conferida por el H. Tribunal Administrativo del Tolima mediante despacho número 195 de octubre 30 de 1986. En consecuencia, por la Secretaría Ibrense nuevo despacho comisorio con los insertos del caso, acompañando entre otros, copia del certificado expedido por el doctor María Burbano Vargas visible al folio 10 del expediente.

"4o. Remítase el expediente al señor Director del Instituto de Medicina Legal para que con base en los documentos que mediante este auto se solicite y en los demás que obren en el proceso, así como en las valoraciones que estime pertinente realizar, se sirva dictaminar "si la muerte del soldado Oswaldo Heber Cárdenas Díaz, se produjo por tratamiento médico insatisfactorio o incompleto o sin los cuidados exigidos por el cuadro clínico del paciente". Oficio 88-1028.

"B2. El Hospital Militar informó que allí no existía historia clínica; sólo anotación de "hospitalización el 15 de febrero de 1986 con impresión diagnóstica de litiasis renal. Dado de alta el 20 del mismo por mejoría. Reingreso el 22 de febrero con diagnóstico de glomerulopatía, estudio. Siendo atendido por la doctora Nieto, a el día de su deceso el 24 de febrero de 1986. Y refiere que la necropsia se solicite al Hospital Luis Pasteur de Melgar, y que en dicho Hospital no hay Médico Legista.

"B3. El Instituto de Medicina Legal, concluye (Oficio 054-90 PAT). En los casos de negligencia médica, el Comité de Etica Médica de la Asociación Médica Americana considera cuatro parámetros para saber si ésta existió o no: Obligación del médico para atender al paciente. Violación de la norma de atención al paciente si se produjo o no daño al paciente; si hay relación, causa efecto entre la negligencia y el daño del paciente. Si examinamos cada uno de estos parámetros en el caso concreto de Oswaldo Heber Cárdenas Díaz, se concluye: "Hay obligación por parte del Estado de prestarle la mejor atención médica a los soldados que están prestando servicio militar. 2. Hay violación de la norma de atención al paciente, ya que cuando consultó el día 22 de febrero del 84, (86) se hizo diagnóstico de infección de vías urinarias y celulitis brazo izquierdo y en estos casos la norma de tratamiento es la administración de antibióticos, lo cual no se hizo 3. Si se produjo daño al paciente, ya que este falleció de septicemia, secundaria a la pie-

lonefritis aguda. Si hay relación causa efecto entre la negligencia médica y el daño al paciente ya que la muerte ocurrió por septicemia que es complicación de la infección de vías urinarias (pielonefritis aguda) no tratada. A su vez infección de vías urinarias es consecuencia directa de litiasis renal no tratada y esta última enfermedad la padecía el occiso desde tiempo atrás antes de ingresar al servicio militar y de la cual existía certificación médica y aún así fué incorporado al servicio militar”.

“B4. El Dr. Mario Burbano Vargas declara, en auto para mejor proveer de fecha 22 de octubre de 1986 del H. Tribunal administrativo del Tolima y en diligencia comisionada al Juez 2o. Civil del Circuito, con fecha 14 de noviembre de 1986: manifiesta que encontró litiasis renal desde el 29 de agosto de 1984.

“B5. Los peritos médicos Fernando Zapata y Marco A. Ramírez con base en la historia clínica del Dr. Mario Burbano Vargas conceptúan la existencia desde el 29 de agosto de 1984 de una hiperurinemia leve en Oswaldo Cárdenas; este experticio coincide con la certificación del médico patólogo Hernán Aponte que certifica que la defunción fué en el Hospital Militar de Melgar y con el acta individual de defunción que certifica que se causó por septicemia, bronconeumonía —paro respiratorio del informe médico militar— y pielonefritis, lo que coincide con el experticio del Instituto de Medicina Legal y que referido a la incorporación, sirve para demostrar que el acta de apto como soldado es contraria a la manifestación que días después se presentaron bajo el descuido médico militar del Hospital de Melgar.

“B6. Todo proceso es un sistema reconstructivo de hechos y en ello la verdad es el objetivo de la prueba, según Dellepiane (Nueva Teoría de la Prueba, 1939, página 23). Mittermaier estima que “la sentencia tiene por base la prueba”. El jurista y filósofo Bain observa que la certidumbre jurídica y la certidumbre histórica tienen muchos rasgos comunes”. (Lógica, pág. 626). Cuando hay concordancia se enriquece (sic) su valor, según López Moreno, porque se confirman recíprocamente, porque *testis unus, tesis nullus*. Y cuando las decreta oficiosamente, dice el Prof. Devis Echandía “ese acto implica obviamente su admisión y opera una calificación previa de su legalidad, del medio presentado o aducido y su relación con los hechos del litigio...” Teoría General de la Prueba Judicial, págs. 282, 283) Y a quien repugna que si la apreciación o valoración de la prueba se relaciona con el fin de la misma se le desconozca su valor de convicción, porque es la comprobación histórica de los hechos del proceso. Su fin es precisar el mérito que ella pueda tener para formar el convencimiento del juez o su valor de convicción y la prueba cumple su finalidad, su fin propio no puede desconocerse. De ahí que si el concepto del Instituto de Medicina Legal concluye de que es obligación del Estado prestarle al soldado conscripto la mejor aten-

ción médica; de que hay violación de ese deber, existiendo diagnóstico anterior con cuatro episodios de pielonefritis y celulitis del brazo izquierdo, no se hubiera hecho administración de antibióticos, lo que produjo daño al paciente ya que falleció por septicemia secundaria a pielonefritis aguda; lo que a su vez establece una relación de causa a efecto entre la negligencia médica y el daño al paciente ya que la septicemia es complicación de la infección de las vías urinarias (pielonefritis no tratada). A su vez es consecuencia directa de la litiasis que era la enfermedad que existía antes de ingresar al servicio militar obligatorio.

“B7. La sentencia recurrida que es alegato de contraparte impugna la responsabilidad por omisión de terapéutica antibiótica, con la versión subjetiva pero impropia de que las relaciones paciente y tratante, son de medio, pero no de resultado, como si se tratase de una relación privada en donde la ética médica se esconde bajo el sofisma de que el servicio médico “no puede garantizar sino el tratamiento, pero nunca el resultado satisfactorio, pues en muchos casos se presentan agravamiento o complicación y aún la muerte”. Basta para el demérito de esta peregrina y parcializada desconceptuación insistir en el ejercicio médico legal de que *“cuando la pielonefritis no es tratada adecuadamente (antibiótico terapia específica) suele complicarse con septicemia (invasión del torrente sanguíneo por las bacterias que produjeron la pielonefritis, con diseminación y siembra de éstas, en múltiples órganos, produciendo bronconeumonía, meningitis, endocarditis, entre otras)*. El estado de septicemia, cuando ocurre tiene una mortalidad muy alta, aún en los hospitales muy bien dotados y administrando el tratamiento antibiótico específico más otras medidas de soportes, pero su mortalidad es del 100% *cuando no se trata adecuadamente*”. Hay pues falla del servicio médico del Hospital Militar de Melgar, tanto por no habersele desincorporado como no apto, al presentarse el cuadro de glomerulonefritis, antes de su muerte. (Examen de comprobación personal que tiene por objeto comprobar la capacidad psicofísica del conscripto). Dice el art. 10 del D/L/1885/81, mayo 11 que deroga el citado por el *a-quo* (58), que “el examen de comprobación debe consignarse en una nueva acta, cuyo contenido será tomado por el Cdte., la unidad para ordenar o gestionar su desacuartelamiento de quienes resulten NO AP-TOS”. (folios 203 a 205 Cdno. No. 1).

III

VISTA FISCAL

“La Fiscal Séptima de la Corporación, Dra. MIREN DE LA LOMBANA DE MAGYAROFF, en su concepto de fondo *OBSERVA*:

“En el caso de autos, el demandante solicita se declare que hubo falla del servicio en el reclutamiento del joven Oswaldo Heber Cárdenas Díaz, para prestar el servicio militar obligatorio, siendo la Nación Ministerio de Defensa Nacional, civilmente responsable de su muerte.

“La Jurisprudencia del Consejo de Estado, en múltiples ocasiones ha establecido que la falla del servicio se configura cuando se demuestran los siguientes extremos: la falla del servicio por acción, omisión o ineficiencia del mismo; el daño o lesión del bien protegido por el derecho y el nexo causal existente entre la falla y el daño.

“Procede la Fiscalía a analizar primeramente si se configuran en el presente caso los mencionados elementos.

“De la relación de los hechos se concluye que Oswaldo Heber Cárdenas Díaz, bachiller de 1985 del Colegio Americano de Girardot, fué llamado a prestar el servicio militar obligatorio, por Actas Nos. 002, 0034 y 0934 de las Fuerzas Militares de Colombia—Ejército Nacional Colombiano—, y practicados tanto el primero como el segundo exámen médico de actitud sicofísica, indispensable para la incorporación a prestar este servicio, el mencionado joven fué en ambos casos encontrado apto (fls. 8, 13 a 14; 65, 67 a 75).

“Sostiene el demandante que a pesar de que Oswaldo Heber Cárdenas Díaz padecía una lesión nefropática de consideración, debiendo ser reconocida del Distrito Militar 41, por un médico urólogo, y que esta situación se puso en conocimiento médico del batallón y del Comandante de la Comisión de Reclutamiento integrada por el Comandante del Batallón de Ingenieros de Apoyo del precitado Distrito Militar, con sede en Girardot se hizo caso omiso de la misma, incorporando a Cárdenas Díaz al servicio militar (fls. 74 y 75). No obstante no aparece dentro del expediente prueba alguna de que la alegada información se hubiera suministrado. En consecuencia, a partir de la fecha de incorporación para la prestación del servicio militar, obligatorio, el 10 de enero de 1986, no le asistía a Cárdenas Díaz ninguna prerrogativa a su favor, pues el servicio militar es forzoso para los jóvenes bachilleres que resulten aptos.

“De autos se infiere que a los pocos días de incorporado, Cárdenas Díaz se agravó, siendo hospitalizado por primera vez el 15 de febrero de 1986, en el Hospital Militar de Tolemaida (fl. 25 Cdno. No. 2) diagnosticándosele litiasis renal, y dado de alta el 20 del mismo mes; nuevamente a consecuencia de una recaída, fué hospitalizado en el mismo centro el 22 de febrero con diagnóstico Glomerulopatía, muriendo el 24 de febrero de 1986 por presentarse un paro cardíaco respiratorio (fls. 84 y 85).

“El peritazgo de los médicos urólogos del 25 de marzo de 1987, no se pudo realizar porque están incompletos los datos (fl. 100).

“La licencia de inhumación No. 006 del 25 de febrero de 1986, realizada al cadáver de Oswaldo Heber Cárdenas Díaz, consignó como causa principal de la muerte, septicemia bronconeumonía (fl. 17). Igualmente a folio 15 aparece el certificado de sanidad expedido por el Ejército, del 29-1-86, en él se recomienda que el paciente debe ser dado de baja por presentar nefropatía muy sintomática, igual recomendación se dió en el extracto del orden del día No 009 del 15-1-86 del Batallón de Ingenieros de Apoyo (fl. 83).

“Aunque no aparece la necropsia o el acta de la diligencia de la autopsia practicada al occiso, a pesar de que ésta fue solicitada (fl. 166), está el certificado de defunción del 24-02-86 en él se consignó como la causa del deceso” a) Septicemia, b) Bronconeumonía, c) Pielonefritis” (fls. 161 y 162).

“A folios 170 a 172 aparece el informe rendido por el patólogo del Instituto de Medicina Legal que con base en los documentos que le fueron remitidos por el Tribunal conceptuó sobre la enfermedad sufrida por la víctima y sobre el tratamiento al cual fue sometido.

“Sobre las últimas dos pruebas relacionadas la Fiscalía debe precisar que fueron decretadas por el Tribunal antes de fallar el negocio por aplicación del Art. 180 del C. de P. C. Para este Despacho es claro que dichas probanzas deben ser tenidas en cuenta por las siguientes razones:

“El acta de defunción no puede dejarse de lado porque, aunque aparece allegada por la parte actora, el documento fue aportado con el lleno de los requisitos de autenticación necesarios para tenerla como prueba, a más de que la entidad a la cual le fue solicitada nunca respondió al Tribunal; esta corporación de otra parte, envió a Medicina Legal, entre otros, el documento en mención para que esta entidad analizara y diera su opinión autorizada sobre el caso.

“El análisis hecho por el Instituto de Medicina Legal, resultado del estudio de los documentos que le fueron presentados debe tenerse en cuenta, igualmente, por haber sido hecho a petición de la Corporación y con el fin de establecer la verdad de los hechos.

“Del análisis de todas las pruebas antes relacionadas la Fiscalía considera que la falla del servicio se encuentra probada, si bien no aparece demostrado que la víctima fue incorporada erróneamente al servicio sí está probado que la forma como se atendió su dolencia no fue la correcta y por lo mismo fue la causante del deceso.

“Aparece también acreditado el daño causado, elemento probado del informe rendido por el patólogo del Instituto de Medicina Legal (fls. 170 a 172), de la licencia de inhumación (fl. 17), de la diligencia de levantamiento de cadáver (fl. 11). y de la partida civil de defunción (fl. 4).

“Igualmente aparece probado el vínculo de causalidad que surge de los extremos precitados, en el caso de autos, existe la falla del servicio, pues esta dió lugar a la muerte del soldado Cárdenas Díaz, al igual que el perjuicio que este hecho causa a los demandantes, padres y hermanos del occiso.

“La forma en que sucedieron los hechos, indican también, que en el presente caso, no cabe predicar la existencia de una fuerza mayor, el acto de un tercero o la culpa de la víctima, que eximan de responsabilidad a la demandada en todo o en parte.

“Como consecuencia de todo lo anterior la Fiscalía concluye que debe declararse la responsabilidad administrativa por la falla del servicio.

“Procede la Fiscalía a analizar los perjuicios que deben ser reparados.

“En relación con los perjuicios morales, la Fiscalía observa:

“La condena únicamente deberá cobijar a los padres del occiso, pues la relación de parentesco existente entre éstos y Oswaldo Heber Cárdenas Díaz fué acreditada en forma suficiente (fls. 3, 4 y 21 a 24).

“El resto de familiares demandantes (hermanos), para la Fiscalía no deben ser indemnizados, pues éstos no acreditaron las circunstancias de convivencia, armonía y mutua ayuda, existente entre éstos y el occiso; además en reiteradas ocasiones el Consejo de Estado ha sostenido que el derecho a la indemnización por perjuicios morales no surge por el solo hecho del parentesco, como sí sucede en el caso de los padres frente a los hijos, éstos frente a aquellos y los cónyuges entre sí.

“En relación con los perjuicios materiales la Fiscalía debe precisar que no aparece demostrado que la víctima fuera el sostén económico de su familia.

“En efecto se allega como prueba la declaración de renta del señor Efraín Pineda Cárdenas correspondiente al año gravable de 1985 (fls. 19 y 20). Pero en dicha declaración aparece la víctima como persona a cargo (fl. 19 vto.), sin que se demuestre que tal situación había variado en la fecha en que ocurrieron los hechos que dan origen al presente juicio. Se debe aclarar, además, que la escasez de recursos por sí sola

no es el hecho que da lugar a la indemnización y en el presente caso el presupuesto fáctico en el cual se fundamenta la solicitud no ha sido demostrado.

“Así las cosas para la Fiscalía debe denegarse la indemnización por perjuicios materiales.

“CONCLUSION

“Conforme a lo expuesto la Fiscalía considera que la Sentencia del Tribunal debe REVOCARSE en cuanto hace al numeral 2, y en su lugar se debe declarar la responsabilidad administrativa de la demandada y condenar a indemnizar los perjuicios morales en la forma planteada en el presente escrito”. (folios 228 a 233 del Cdno. No. 1).

IV

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

A) La sentencia apelada será revocada pues el *ad-quem* no hace suya la perspectiva jurídica y la valoración probatoria que hizo el *a-quo*.

En el *sub-lite* se demostró en forma clara y suficiente la falla del servicio. Para llegar a esta verdad jurídica baste recordar que antes de ser incorporado al servicio militar, el joven OSWALDO HEBER CARDENAS DIAZ, venía padeciendo males de salud. Así lo testimonia el médico MARIO BURBANO VARGAS quien al ilustrar al sentenciador sobre las distintas circunstancias particulares del caso, dijo: (...)

(“En agosto 29 de 1984, se presentó en mi consultorio el joven Hever Cárdenas Díaz, consultando por dolor lumbar izquierdo... un año de evolución, irradiado hipogástrico, tomando ambos flancos. Lumbalgia persistente. Antecedentes: No quirúrgicos. Parotiditis. Blenorragia No. 1. Tenía examen del laboratorio de agosto 9 de 1984 y julio 18 del mismo año, en el cual mostraba hematuria y pluriuria T. A: 120 sobre 80. Pulso 92 por minuto. Llamaba la atención varias lesiones en piel diseminadas en tórax, muslos ambos “en forma de mariposas”. Boca: amígdalas cripticas. Puño: Percusión izquierda positiva. Se solicitaron exámenes del laboratorio de una urografía. En septiembre 3 de 1984, el paciente regresó para control. El examen de orina mostraba ematias 0.1 por campo. Osodato de calcio + leocitos 4 a 6 por campo. Creatilina 1.12 ácido úrico 8.25 (alto) Glisemia 90. Urografía. No residuo postmiccional. Buena eliminación del medio a los 3 minutos. No se veía cálculos en las placas. El estudio me pareció falta de técnica, en lo que se podía ver en las placas no se encontraron anatómicas. Paciente se trató con diuréticos y tratamientos para bajar el ácido úrico. Se citó

a control al terminar el tratamiento para verificar su ematulia, que estaba por aclarar... en vista de que la ideasis macroscópica era dudosa. El paciente no regresó. Estos datos son extractados de mi historia clínica personal efectuada en las fechas antes mencionadas. PREGUNTADO: Sírvase decirnos doctor, cuánto hace que venía tratando... al Señor OSWALDO HEBER CARDENAS DIAZ. CONTESTO: Fué a mi consultorio el 29 de agosto de 1984, y regresó el 3 de septiembre del mismo año... En el caso presente el paciente se estaba estudiando por hematuria y debería haber regresado para control y exámenes complementarios que lo llevara a un diagnóstico final". (C.2, Fol. 31)).

B) No obstante la realidad anterior, en los distintos exámenes médicos que se le practicaron al occiso, antes de ser incorporado al segundo contingente de 1986, resultó APTO (C. No. 1, fol. 67 y ss.ss.), habiendo empezado a prestar su servicio militar el diez (10) de Enero de 1986.

De la Historia Clínica enviada por el Hospital Militar de Tolemaida se desprende que ingresó a ese dentro médico el día 15 de febrero de ese mismo año, "... con dolor en región lumbar izquierda el cual posteriormente se irradió hacia la fosa ilíaca izquierda con disuria...", sintomatología que antes había presentado en cuatro oportunidades, habiendo sido visto y tratado ambulatoriamente "... por la Teniente Médico María Liliana Blanco Herrán...". Se agrega en el citado documento que: "El paciente en general evolucionó satisfactoriamente sin fiebre ni compromiso del estado general con mejoría clínica y paraclínica de su estado por lo cual se le dió salida del Hospital el día 20 de febrero de 1986 con control por consulta externa".

De la misma historia clínica se desprende que el día 22 de febrero de ese mismo año el paciente vuelve a ser hospitalizado, pues registra persistencia de su cuadro. Fué tratado con antiespasmódicos, antiinflamatorio por vía oral, registrando al segundo día de hospitalización "... deposiciones diarreicas, malestar general y fuerte dolor lumbar... El lunes 24 de febrero de 1986, a las 07:20 A.M. el paciente presentó paro cardiorespiratorio..."

C) Finalmente, del estudio hecho por la Sección de Patología Forense del Instituto de Medicina Legal (C. 1, fol. 170), se desprende que: "*La enfermedad de base que tenía el hoy occiso era una litiasis renal de más o menos cuatro años de evolución documentada por historia clínica, firmada por el doctor Mario Burbano Vargas y la cual NO SE TUVO EN CUENTA AL INCORPORAR AL HOY OCCISO AL SERVICIO MILITAR.* La litiasis renal produce obstrucción de la vía urinaria, aumentando la susceptibilidad a la infección y es un factor predisponente muy importante en casos de pielonefritis aguda. La pielonefritis aguda no tratada puede evolucionar a septicemia y esta a su vez producir la muerte..." En el mismo estudio los patólogos forenses, Dres. Julio César Mantilla y Pedro Emilio Morales Martínez precisan: "Treinta y cinco días después de estar prestando servicio mili-

tar (febrero 15-84), consulta por dolor en región lumbar izquierda irradiado a fosa iliaca izquierda y testículo izquierdo, acompañado de disuria (dolor al orinar) que hizo necesaria su hospitalización, *PERO YA HABIA PRESENTADO ESTOS SINTOMAS EN CUATRO OPORTUNIDADES ANTERIORES Y NO SE LE HABIA ATENDIDO DE MANERA ADECUADA* ya que sólo fué visto de manera ambulatoria... El día 22 de febrero de 1984 es visto por la doctora Sandra Nieto Bernal, quien encuentra un paciente algido, febril con temperatura de 38.5°C, con dolor a la palpación en flanco izquierdo y hace impresión diagnóstica de 1. Litiasis Renal; 2. Infección de vías urinarias; 3. Celulitis brazo izquierdo; 4. Glomerulopatía en estudio. Se le continúa tratamiento sintomático (antiespasmódicos y antiinflamatorios) *PERO NO SE ADMINISTRA NINGUN TIPO DE ANTIBIOTICO, AUNQUE COMO YA SE ANOTO ENTRE LOS CUATRO DIAGNOSTICOS REALIZADOS DOS DE ELLOS OBEDECEN A ETIOLOGIA INFECCIOSA Y REQUIEREN TRATAMIENTO ANTIBIOTICO EFICAZ Y OPORTUNO (infección de vías urinarias—celulitis brazo izquierdo).*

El paciente permanece hospitalizado pero recibiendo sólo tratamiento sintomático y sin medicación antibiótica. Fallece el día 24 de febrero de 1986”.

D) Del acervo probatorio que se deja transcrito es fácil concluir que el soldado OSWALDO CARDENAS DIAZ no fué tratado con la seriedad médica que su enfermedad demandaba. Resulta inaceptable que no se le hubiera suministrado ningún antibiótico cuando la enfermedad que padecía lo hacía imperioso. Igualmente, que no se le hubiese atendido de manera adecuada en los distintos momentos en que registró los síntomas de que dan cuenta los médicos. Pero es más: Todo indica que los exámenes que se le practicaron al occiso, antes de ser incorporado al servicio militar, no se hicieron en forma científica, esto es, seria y objetiva. En este momento del discurso el sentenciador se pregunta: Por qué causa, motivo o razón, los citados profesionales de la medicina no detectaron que el citado joven padecía de una enfermedad de base, esto es, de una litiasis renal: **DE MAS O MENOS CUATRO AÑOS DE EVOLUCION DOCUMENTADA**., como sí lo precisaron y detectaron los médicos al servicio del Instituto de Medicina Legal? En la interpretación de la conducta humana, que en más de una ocasión resulta de mayor interés que la de la propia ley, como reiteradamente lo ha dicho la Sala, no hay espacios para la duda. La negligencia, la indiferencia por la suerte del OTRO, ocasionó la muerte.

En el caso en comento la administración no se ocupó de atender al enfermo con las garantías eficaces que su estado de desvalimiento exigían. Se olvidó su condición de persona. Por ello se impone introducir mucho más alma en los cuarteles, para que quienes allí pasan parte de su vida, no se sientan perdidos, privados de raíces humanas, en otras palabras: convertidos en un número. Por ello enseña el Profesor Jesús González Pérez que: “... hay

que hacer también grandes esfuerzos para que el enfermo y el moribundo puedan encontrar a su alrededor manos amigas a las que pueda aferrarse, con las que pueda compartir sus temores y esperanzas, y que le ayuden a ir asumiendo su situación". La ORTOTANASIA —morir con dignidad— es un derecho inalienable del hombre. Y se priva de él a la persona que, en busca de cura para sus males, es enviada de HERODES a PILATOS, sin encontrar atención correcta y oportuna, pues la medicina que se le brinda suele limitarse a recetar pastas para hacerle frente al dolor, sin buscar la raíz del mal, para atacarlo de fondo.

A realidades con tal universo se las califica jurídicamente como FALLAS DEL SERVICIO aquí y en cualquier parte, y de ellas debe responder la administración. Por ello será condenada en el caso que ocupa la atención de la Sala.

E) Impresiona al sentenciador la forma fría, descarnada y poco seria, desde el punto de vista jurídico, como el apoderado de la NACION—MINISTERIO DE DEFENSA acude al proceso para defender los intereses del centro de imputación jurídica demandado. No litiga a ciencia y conciencia quien de entrada empieza por manifestar que no hay lugar a condena alguna porque "... la enfermedad de OSWALDO CARDENAS DIAZ fué adquirida antes de ser incorporado al Ejército Nacional, *y su muerte era inevitable como consecuencia de su mal estado de salud que le aquejaba; de modo que de no haber sido reclutado, también su fallecimiento se hubiera producido en la misma época, así estuviera o no prestando el servicio militar*". Aquí se pregunta el fallador: Si la muerte era inevitable, como consecuencia del mal estado de salud del joven soldado, por qué se le llamaba a filas? Para qué son los exámenes previos que se practican antes de tomar tal determinación?

F) Dentro del informativo se demostró, en legal forma, que EFRAIN CARDENAS PINEDA y GABRIELA DIAZ contrajeron matrimonio el día siete (7) de julio de mil novecientos sesenta y uno (1961), y que de esa unión nació OSWALDO CARDENAS DIAZ. Como dentro de este grado de parentesco se presume el afecto, se condenará a LA NACION—MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL, a pagar a cada uno de ellos un mil gramos de oro (1.000) que deberán ser cubiertos con el precio que certifique el Banco de la República para el momento en que quede ejecutoriado el presente fallo.

No se condenará al pago de perjuicios materiales (lucro cesante) porque no se demostró que el occiso atendiera a las necesidades de sus progenitores. Por lo que hace relación con el daño emergente, tampoco se hará ningún reconocimiento, pues el documento que obra al folio 25 del C. No. 1, no fué reconocido en debida forma.

G) Aunque dentro del informativo se acreditó que YAMILE, EFRAIN, EDGARD y LUIS FELIPE son hermanos legítimos del occiso, ningún reco-

nocimiento se hará en favor de ellos, por concepto de perjuicios morales, pues no se demostró el afecto. En esta materia la Sala reitera la pauta jurisprudencial que fijó la Sala Plena de la Corporación, en sentencia de 18 de mayo de 1990, No. 0381, Consejero Ponente, Dra. Clara Forero de Castro, en la cual se lee:

“...no es que la Corporación niegue el derecho de resarcimiento del daño moral que pueden sufrir los parientes de la víctima sino que se trata de un problema esencialmente probatorio. Es decir, los daños, cualquiera que ellos sean, patrimoniales o extrapatrimoniales, pueden y deben ser resarcidos, pero **ELLOS NO SE PRESUMEN SINO QUE DEBEN SER DEMOSTRADOS POR QUIENES LOS RECLAMAN**, excepto cuando quienes sufren los morales son los padres, hijos o cónyuges.

“Y en esto no se separa la jurisprudencia de las tendencias doctrinarias, para lo cual bastaría con citar a autores como Adriano de Cupis (El Daño, No. 120, Ed. Bosch, Barcelona, 1975) y Jorge Peirano Facio (Responsabilidad extracontractual, No. 224, Ed. Temis, Bogotá, 1981)” (Subrayas de la Sala).

Se denegarán las pretensiones de LUZ FANNY, porque ésta nació el día siete (7) de septiembre de mil novecientos cincuenta y siete (1957), esto es, antes del matrimonio de EFRAIN CARDENAS con GABRIELA DIAZ, y no fue legitimada, ni aparece reconocida como hija extramatrimonial por ninguno de ellos.

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 dos (2) de agosto de mil novecientos noventa (1990), proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, 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—MINISTERIO DE DEFENSA, es administrativamente responsable de la muerte del soldado OSWALDO HEBER CARDENAS DIAZ, ocurrida dentro del marco de circunstancias que se recogen en los considerandos de esta sentencia;

B) Como consecuencia de la declaratoria anterior, se condena a LA NACION — MINISTERIO DE DEFENSA, a pagar a EFRAIN CARDENAS PINEDA y GABRIELA DIAZ (padres), por concepto de perjuicios morales

subjetivos, un mil (1.000) gramos de oro fino para cada uno, que se deberán cubrir en moneda nacional con el precio que el referido metal tenga en el momento de quedar ejecutoriado el presente fallo. Esta condena se hace en concreto.

C) Deniéganse las demás pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: Ejecutoriada la presente providencia, devuélvase el expediente al tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE.

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

CONCURRENCIA DE CULPAS/RESPONSABILIDAD SOLIDARIA/CULPA PERSONAL DEL AGENTE

La culpa personal del agente sólo alcanza a exonerar a la administración cuando ella sea exclusiva y puede estimarse como absolutamente desligada del servicio; porque si la administración puso al alcance de ese agente o funcionario el instrumento o el objeto propio del servicio que causó el daño, nada cambia si a esto se suma la conducta irregular de éste. El asunto aquí estudiado pone de presente esa concurrencia de sujetos responsables; y la responsabilidad personal que puede caberle al conductor no exonera a la administración, por el descuido o negligencia grave en que incurrió al no tomar las medidas para evitar la utilización del vehículo causante de la tragedia.

PERJUICIOS MORALES—Presunción

En tratándose de damnificados que tengan con la víctima el carácter de hijos, padres o cónyuges, la sola prueba del parentesco hace presumir el efecto. Se acepta así una presunción judicial o de hombre que admite prueba en contrario. Afecto, que no es más que una aplicación del "*ex eo plerumque fit*" de los romanos. No es la aplicación de una regla herencial sino la aceptación de lo que normalmente sucede en la vida cotidiana.

FALLA DEL SERVICIO PRESUNTA—Improcedencia/FALLA DEL SERVICIO DE TRANSITO

Aunque en apariencia el conflicto se deja manejar con la tesis de la falla presunta del servicio, por el hecho de haberse causado los daños por un automotor oficial, conducido por un servidor del Estado, en la realidad

dicha tesis no es aplicable en toda su extensión por cuanto los perjuicios surgieron de la colisión de dos vehículos (uno particular, la motocicleta y otro oficial) que, como es obvio, estaban involucrados por igual en una actividad peligrosa.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Santafé de Bogotá, D. C., noviembre ocho (8) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Dr. Carlos Betancur Jaramillo*

Referencia: Expediente No. 6701. Actor: María Leofani Martínez y Otros.

Procede la sala a decidir el grado de consulta de la sentencia de 14 de marzo de 1991, dictada por el tribunal administrativo del Cauca, mediante la cual se dispuso:

“1o.) Declárase administrativamente responsable a la Corporación Autónoma Regional del Cauca (C.V.C.) por la muerte de Fabio Eliter Mesú Loba y de las lesiones sufridas por Helmer Popó Lucumí, en hechos ocurridos el día 2 de febrero de 1987 cuando fueron arrollados con el vehículo marca Toyota, color verde, cabinado, modelo 1981, de placas ON-6541, propiedad de dicha entidad y conducido por Henry Antonio Rodas, en la vía panamericana, a la altura de la Hacienda Brasília, comprensión del Municipio de Santander de Quilichao”.

“2o.) Como consecuencia de la declaración anterior, condénese a la Corporación Autónoma Regional del Cauca (C.V.C.) a pagar a los demandantes los siguientes perjuicios así:

a) *Perjuicios Morales:* 1.000 gramos de oro puro para cada una de las siguientes personas: María Leofani Martínez (esposa de Fabio Eliter Mesú) y Fabio Nelson, Julián Andrés, Marly Faisuy y Yamile Mesú Martínez (hijos menores) “Estos valores se consideran como condena en concreto y se determinarán conforme a certificación expedida por el Banco de la República sobre el precio del oro a la fecha de ejecutoria de esta sentencia”.

b) *Perjuicios Materiales:* No se reconocen por este Tribunal”.

“3o.) Deniéganse las demás súplicas de la demanda”.

En la demanda, presentada el 14 de enero de 1989, se narraron, en síntesis, los siguientes hechos:

1.) Que el día 2 de febrero de 1987 a eso de las 7 P.M., la moto conducida por el señor Helmer Popó Lucumí, con Fabio Eliter Mesú Loboá como parrillero, chocó con el vehículo Toyota 1981, placas ON 6541, perteneciente a la C.V.C. (Corporación Autónoma Regional) conducido por el señor Henry Antonio Rodas S.; empleado de la misma entidad.

2.) Que como consecuencia de ese accidente perdió la vida el señor Fabio Eliter Mesú Loboá y quedó herido el señor Helmer Popó L., quien tuvo una incapacidad de 30 días.

3.) Que el accidente se produjo en un lugar de la carretera en buen estado de conservación y que el conductor del vehículo oficial huyó del lugar sin prestar ayuda a sus víctimas.

4.) Que por causa de su muerte la familia del señor Mesú Loboá quedó absolutamente desamparada y sin medios de subsistencia; y que el señor Popó Lucumí tuvo que hacer gastos de su propio pecunio para su recuperación.

El tribunal, luego del trámite de la primera instancia y en parte de acuerdo con su fiscal colaborador (a folios 98 y ss.), decidió el asunto en la forma indicada. Para el efecto, el *a-quo* se apoyó en jurisprudencia reiterada de esta sala, en especial en la sentencia de diciembre 19 de 1989, de la cual fué ponente el señor consejero Dr. Irisarri Restrepo, para concluir que la responsabilidad en el caso concreto debía resolverse con apoyo en la tesis de la falla presunta del servicio. Que al hacer dicho enfoque no se cambió la causa petendi porque en ésta se aléga expresamente la falla del servicio y la presunta no es más que una especie dentro del género.

Del fallo consultado se destaca el siguiente análisis:

“Está plenamente acreditado que el vehículo marca Toyota, color verde, cabinado, modelo 1.981 de placas ON-6541, conducido por Henry Antonio Rodas Sánchez, funcionario de la C.V.C., causó la muerte a Fabio Eliter Mesú Loboá, y lesiones a Helmer Popó Lucumí, con lo que se pone de manifiesto la falla en el servicio presunta, porque se evidencia la relación causal entre el accidente del indicado vehículo y los daños ocasionados a las personas referidas; responsabilidad que la misma Entidad acepta pero con un criterio de Responsabilidad ya revaluado por nuestro más alto Tribunal, consistente en pretender la responsabilidad por el funcionario que por abusar de sus funcionarios (folio 40 del C. Ppal.) rompería el vínculo de causalidad o de conexión entre la C.V.C. y Henry Antonio Rodas y por ende excluiría de responsabilidad a la Entidad; criterio contrario al planteado en este fallo y que sirve de marco de análisis al caso que hoy se revisa y en virtud del cual “la presunción de falla en el servicio consiste, en presumir que la utilización

del vehículo oficial por el agente, está originada en una falla en el servicio de la administración que le permitió disponer del mismo; así ha dicho el Consejo de Estado: "... a pesar de que como se ha anotado el accidente ocurrió en día festivo sin que mediara autorización escrita para que el agente dispusiera de la volqueta oficial, no existe prueba alguna tendiente a demostrar que la utilización del vehículo, en la forma mencionada, hubiese sido ajena al deber de vigilancia y control que tienen las personas públicas sobre su parque automotor. Por el contrario los hechos de que trata el presente proceso muestran la laxitud en el control de las personas públicas sobre sus automotores y corroboran aún más, la inexistencia de la ausencia de falla del servicio de la entidad de mando en el caso que ahora ocupa la atención de la Sala".

"Este aparte transcrito se ajusta en forma exacta a la situación de la Entidad demandada; en efecto, si miramos el memorando (visto al folio 47 del C. Ppal.) dirigido al señor Henry Antonio Rodas suscrito por el Auditor Interno de la C.V.C., se hace una relación de cargos por ser reincidente en utilizar los vehículos oficiales sin autorización de sus superiores; así, el 13 de enero/87 utilizó el vehículo de Placas ON-6541 con consumo exagerado de gasolina, sin estar autorizado".

"-El 2 de febrero/87 'reincidió' con el mismo vehículo y causó la muerte de una persona e hirió a otra, situación ésta última que ha originado esta acción. Aprecia la Sala que efectivamente la C.V.C., actuó en forma tolerante y hasta irresponsable con el funcionario de marras, pues se puede ver que su conducta en el manejo de los bienes del Estado no era la del funcionario honesto, serio y responsable; por el contrario, violó en forma continua las normas que regulan la disciplina de los funcionarios públicos; tolerancia que por último concluyó con el daño irreparable que causó a particulares trabajadores que encontraron la muerte y el daño físico en la vía pública, con el agravante que ni siquiera les prestó los auxilios debidos, bajo el argumento que en el momento de los hechos era víctima de un secuestro, que jamás probó, ni tiene respaldo alguno en autos y que como lo dice la parte actora, ni la misma Entidad pudo probar ni siquiera en forma sumaria. Así las cosas y probados como están los hechos y las circunstancias que los rodearon, no encuentra la Sala, establecida ninguna de las causales de exoneración de responsabilidad por falla en el servicio presunta, cuya prueba corría por parte de la Entidad demandada, ya que su actuación la limitó a aceptar el hecho, para responsabilizar a su propio funcionario, olvidando quizá que es falla de la Administración tener funcionarios a su servicio que violan permanentemente el régimen disciplinario a que deben someterse y más aún, que en forma por demás paternalista se tolere de ellos el manejo inadecuado de los bienes públicos. Por otra parte no le queda duda alguna a la Sala, del vínculo de conexidad y causalidad del daño causado, con la falla así establecida, evidenciándose la "falla presunta"

que será declarada por este Tribunal y que recaerá sobre la Entidad demandada”.

Proferida la sentencia que aquí se revisa, las partes guardaron silencio; produciéndose así la conformidad de los demandantes, pese a no haber obtenido los damnificados de Fabio Eliter Mesú Lobo sino una parte de sus pretensiones y pese a que las demandadas por el señor Popó Lucumí se desecharon en su totalidad.

La C.V.C., tampoco hizo objeción alguna.

En vista, entonces, de que la sentencia imponía condena en contra de la entidad pública demandada (el establecimiento público denominado Corporación Autónoma Regional del Cauca), se concedió por el tribunal el grado de consulta.

Tramitado este, es oportuno decidir. Para ello, se considera:

Para la señora Fiscal segunda de la corporación, la sentencia consultada merece plena confirmación. De esa vista fiscal de 21 de agosto de 1991 (a folios 149 y ss.) se destaca el siguiente aparte:

“En criterio de este Despacho y con base en las pruebas recaudadas, se da la falla del servicio, pero no necesariamente ha de enmarcarse ésta dentro del régimen de la falla del servicio presunta, pues existen los tres elementos indispensables para su configuración, al haber omitido la administración ejercer la vigilancia requerida para un efectivo control sobre el parque automotor de la entidad, no reglamentado el uso y disposición del mismo, propiciando de esa forma que el personal tuviese fácil acceso a éste para disponer libremente de los vehículos y utilizarlos en asuntos particulares. Prueba de ello es que el señor HENRY RODAS, motorista en referencia, en anteriores oportunidades según consta en el proceso, había sido protagonista de situaciones irregulares análogas aunque no con consecuencias funestas como la que nos ocupa, sin que se hubiesen adoptado por la Corporación “CVC”, medidas preventivas y restrictivas que reglamentarían la disposición y uso de los vehículos de la entidad, lo que corrobora la permisividad y falta de diligencia de la administración en dicho aspecto, proceder negligente que sin duda alguna fué determinante en la causación del accidente, surgiendo así la relación de causalidad entre la falla del servicio y el daño y perjuicios ocasionados”.

“La objeción del apoderado de la administración, relativa a la insuficiencia probatoria que no permite acreditar el derecho de los actores para que se les indemnice por los perjuicios morales a ellos ocasionados por la muerte de FABIO ELITER MESU LOBOA, al no existir suficien-

tes elementos de juicio que demuestren la solidaridad y afecto existente entre éstos, no la encuentra esta Fiscalía acertada y válida, toda vez que el vínculo de afinidad y consanguinidad existente entre el fallecido ELITER MESU, su esposa LEOFANI MARTINEZ y sus hijos MARLY FAISURE, YAMILETH, FABIO NELSON y JULIAN ANDRES, se halla legalmente acreditado en el expediente, condición que por sí sola les otorga tal derecho haciéndose necesario para desvirtuar tal presunción legal, que se hubiesen demostrado probatoriamente, evidencias de ausencia o menor intensidad de afecto, solidaridad, etc., entre la víctima, su esposa y sus descendientes, o situaciones similares que desvirtuasen el dolor moral que por regla general experimentan éstos ante la desaparición del esposo y padre, debiendo en consecuencia reconocérseles la indemnización correspondiente”.

“El nó reconocimiento de perjuicios materiales a favor de los citados actores, lo encuentra también acertado esta Fiscalía, toda vez que en realidad hay carencia de pruebas al respecto, y las que se adjuntaron no tienen el valor legal exigido al no ser ratificadas y existe contradicción entre las mismas”.

“En relación con el otro actor, HELMER POPO LUCUMI, a quien el Tribunal no le decretó reconocimiento indemnizatorio por perjuicios morales, ni materiales, le asiste razón al fallador en su análisis, ya que ciertamente las pruebas aportadas al efecto al proceso, no constituyen elemento de juicio convincente para despachar favorablemente sus pretensiones”.

Por su lado, la parte demandada pide la revocatoria del fallo (a folios 140 y ss.). En cuanto a perjuicios morales estima que no se podía imponer dicha condena porque no le probó la vinculación armónica de la familia Mesú Martínez. Insiste que las indemnizaciones impuestas “no son una herencia”, sino que en todos los casos tendrá que probarse algo más que el simple parentesco, o sea la unidad familiar, sin separaciones ni divorcios. Afirma que no existió la falla del servicio, sino que todo se debió a la culpa personal del agente.

Para la sala la sentencia deberá confirmarse, con algunas precisiones de orden doctrinario.

Aunque en apariencia el conflicto se deja manejar con la tesis de la falla presunta del servicio, por el hecho de haberse causado los daños por un automotor oficial, conducido por un servidor del Estado, en la realidad dicha tesis no es aplicable en toda su extensión por cuanto los perjuicios surgieron de la colisión de dos vehículos (uno particular, la motocicleta y otro oficial) que, como es obvio, estaban involucrados por igual en una actividad peligrosa. A este respecto, la sala en fallo reciente (sentencia de septiembre 6 de 1991, proceso 6383, ponente Carlos Betancur J.), sostuvo:

SECCION TERCERA

“Se recuerda finalmente, que la jurisprudencia de la sala ha venido aplicando la tesis de la falla presunta para efectos de responsabilidad, en los casos de daños causados por vehículos oficiales. Tesis que en cierta forma releva o atenúa la carga de la prueba de la falla del servicio público para condenar a la administración si dentro del proceso se establecen el daño y la relación causal entre éste y el hecho de aquélla. Pero también lo ha dicho, que en caso de colisión de vehículos no se aplica la mencionada tesis, sino la ordinaria de la falla del servicio probada, en la cual al demandante le incumbe la carga de probar que el hecho perjudicial, causado por una irregular o inadecuada prestación del servicio, produjo un determinado daño y que entre éste y aquél existe un vínculo o relación de causa a efecto”.

En este orden de ideas, el régimen aplicable no es otro que el de la falla ordinaria o probada; en la cual le incumbe a la parte actora demostrar el hecho perjudicial que evidencie que el servicio funcionó mal, no funcionó o funcionó tardíamente, el perjuicio y la relación de causalidad entre aquél y éste.

Con este enfoque, en el caso *sub-judice*, la sala llega a idéntica conclusión a la que llegó el tribunal: Falló el servicio y esa falla que resultó bien probada lesionó a los damnificados del señor Fabio Eliter Mesú Lobo.

Muestra el acervo probatorio en forma suficiente:

1) La defunción del señor Fabio Eliter Mesú Lobo (Ver la diligencia de levantamiento del cadáver a folios 44 y 46, el registro de defunción a folios 12 y la diligencia de necropsia a folios 224 y 225).

2) La autoría material del accidente en cabeza del señor Henry Antonio Rodas S., (ver copia del proceso penal, debidamente autenticada), quien fué detenido en forma preventiva por el delito de homicidio del señor Mesú Lobo y por heridas causadas a Helmer Popó Lucumí.

3) La entidad demandada como propietario del vehículo que causó los daños reclamados. (Ver documentos a folios 215 y ss. del cuaderno principal). Además, la demandada ni siquiera discutió este extremo y antes por el contrario, ha venido insistiendo que el vehículo es de su exclusiva propiedad.

4) La vinculación del señor Henry Antonio Rodas S., a la planta de personal de la C.V.C., mediante resolución administrativa.

También permite el acervo probatorio concluir que la C.V.C., por falta de un debido control sobre su vehículo ese día, facilitó que el señor Rodas lo utilizara con las fatales consecuencias que se analizan. La relación de causalidad ante ese descuido o negligencia y la tragedia es tan obvia que puede afir-

marse que si ese control se hubiera ejercido en la forma debida no se habría producido el accidente. El vehículo oficial no tenía por qué circular ese día y si la administración hubiera sido celosa en el cumplimiento de sus deberes nada habría pasado. Pero no sólo fué descuidada en esa oportunidad sino que el expediente descubre que esa negligencia venía de vieja data, como que el mismo Rodas ya era reincidente en abusos parecidos y la C.V.C., se había contentado con amonestarlo simplemente.

El tribunal fué consiente de esta circunstancias cuando observó:

“Aprecia la sala que efectivamente la C.V.C., actuó en forma tolerante y hasta irresponsable con el funcionario de marras, pues se puede ver que su conducta en el manejo de los bienes del Estado no era la del funcionario honesto, serio y responsable; por el contrario, violó en forma continua las normas que regulan la disciplina de los funcionarios públicos; tolerancia que por último concluyó con el daño irreparable que causó a particulares trabajadores que encontraron la muerte y el daño físico en la vía pública, con el agravante que ni siquiera se les prestó los auxilios debidos”.

El hecho de que pueda hablarse de culpa personal del conductor no varía el enfoque de la presente sentencia, porque la doctrina en más de una ocasión ha aceptado la concurrencia de esta culpa con la falla de la administración. Casos en los que el damnificado en lugar de encontrarse frente a un solo sujeto responsable tiene dos personas para hacerles efectiva la obligación indemnizatoria.

La culpa personal del agente, ha dicho esa misma jurisprudencia, sólo alcanza a exonerar a la administración cuando ella sea exclusiva y puede estimarse como absolutamente desligada del servicio. Porque si la administración puso al alcance de ese agente o funcionario el instrumento o el objeto propio del servicio que causó el daño, nada cambia si a esto se suma la conducta irregular de éste.

En otras palabras, el asunto aquí estudiado pone de presente esa concurrencia de sujetos responsables; y la responsabilidad personal que puede caberle al conductor no exonera a la administración, por el descuido o negligencia grave en que incurrió al no tomar las medidas para evitar la utilización del vehículo causante de la tragedia.

El pensamiento que se deja expuesto no es nuevo para la sala. Esta ha tenido oportunidad de definir cuando la culpa personal del agente exonera la responsabilidad del Estado y cuando no. Así en sentencia de abril 23 de 1985 (proceso 3484 María del Socorro Ríos) sostuvo:

“La tesis de la falla personal ha sido elaborada por esta misma Sala y se ha insistido en varias oportunidades que para que ésta se dé tiene que

mostrar el accionar del agente totalmente desvinculado del servicio, porque si el resultado dañoso deja ver que se actúa dentro o con ocasión del mismo, la culpa personal desaparece para mostrar la falla de la administración y con esta su responsabilidad”.

Pensamiento igual se expuso en el fallo de agosto 27 de 1984 (proceso 3272, Adela Monzón de Silva).

De estos fallos merece destacarse el de 11 de abril de 1978 (Proceso 1818, Pedro Miguel Barajas) en el cual se toca el punto con una mayor amplitud. Allí dijo esta sala:

“La existencia del hecho productor del daño esta bien acreditada. El agente de policía Uribe Mejía con su arma de dotación oficial dió muerte sin razón alguna al señor Ovelio de Jesús Barajas Galindo el día 15 de julio de 1972, cuando se encontraba en ejercicio de sus funciones. No varía el enfoque al hecho de que estuviera ingiriendo licor y dedicado al juego con otros compañeros de servicio. Antes, por el contrario agrava más la responsabilidad estatal. Este hecho, de suma gravedad, implica por sí sólo falta de vigilancia sobre la actividad de los agentes y la posesión de un arma de dotación oficial en tales condiciones, no es la mejor garantía para el cumplimiento de los deberes de protección que por la Carta les incumbe. Porque aún en la hipótesis de que el agente Uribe Mejía hubiera estado ese día en vacancia, la sólo posesión del arma de dotación oficial en ese momento (puesta por el servicio a disposición del culpable)) y cuando estaba dedicado al licor, sería motivo suficiente para comprometer la responsabilidad del Estado. La culpa personal alegada por el señor Fiscal no puede deducirse del simple incumplimiento de los deberes del mismo agente público. Y aún admitiendo que esos actos constituyeron faltas personas suyas, no por eso han dejado de ser ejecutados por un agente del Estado en ejercicio de sus funciones”.

“Si bien durante mucho tiempo se admitió la distinción entre el hecho personal y la falla del servicio, para fundar sobre la misma la tesis de la no acumulación de responsabilidades y con ella la exculpación del Estado y la imputación personal del agente, desde principios del siglo la doctrina y la jurisprudencia aceptaron la superposición de las dos culpas merced a la revisión de la misma tesis sobre la falla del servicio”.

“Esto hizo afirmar al comisionario León Blum que “si la falta persona ha sido cometida en el servicio o con ocasión de él, si los medios y los instrumentos de la falta han sido puestos por el servidor a disposición del culpable, si la víctima ha sido puesta en presencia del culpable por efecto del juego del servicio, si, en una palabra, al servicio ha condicionado la ejecución de la falta o la producción de sus consecuencias dañinas respecto de un individuo determinado, el juez administrativo

podrá y deberá decir: La falta se separa quizás del servicio pero el servicio no se separa de la falta”.

“Este párrafo es de una elocuencia especial y parece escrito para el caso. El servicio de policía se comprometió gravemente en los hechos que culminaron con la muerte del joven Ovelio Barajas y su falla es evidente. En un servicio bien organizado, los agentes no se embriagan en cumplimiento de sus funciones y si lo hacen son controlados y sancionados ejemplarmente y menos se convierten en amenaza seria para las personas que precisamente deben proteger”.

Por lo expuesto la sentencia será confirmada, aunque por razones un tanto diferentes.

Finalmente anota la sala frente a las razones expuestas por la entidad.

Es claro que el presente asunto no puede manejarse con las reglas de la sucesión; y en esto le asiste la razón a la demandada. Pero una cosa es afirmar esto y pensar que los damnificados del señor Mesú Lobo no son acreedores a la indemnización porque no probaron la armonía familiar a la fecha del fallecimiento del jefe del hogar.

No, la jurisprudencia ha sido clara a ese respecto: En tratándose de damnificados que tengan con la víctima de carácter de hijos, padres o cónyuges. La sola prueba del parentesco hace presumir el efecto. Se acepta así una presunción judicial o de hombre, que admite, como es evidente, prueba en contrario. Afecto que no es más que una aplicación del “*ex eo plerumque fit*” de los romanos.

Como se vé, no es aplicación de una regla herencial sino la aceptación de lo que normalmente sucede en la vida cotidiana.

Y como presunción que no es de derecho le tocaba a la parte que quiere desconocer su aplicación dar la prueba en contrario. Así, pudo demostrar la entidad que entre Fabio Eliter y su cónyuge, señora María Leofani Martínez, o que entre aquél y sus hijos no existió ningún afecto, ayuda o consideración. Pero nada hizo a ese respecto.

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

CONFIRMASE en todas sus partes la sentencia del 14 de marzo de 1991, dictada por el Tribunal Administrativo del Cauca.

SECCION TERCERA

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVA.

Se deja constancia que esta providencia fue estudiada y aprobada en Sala de la sesión de fecha siete (7) de noviembre de mil novecientos noventa y uno (1991).

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

FALLA DEL SERVICIO—Protección /FALLA DEL SERVICIO POR OMISION

La omisión en proteger con especial cuidado y prevención al jefe de bodega de la Aduana, originó la falla del servicio, por cuanto el Estado, a sabiendas de las graves amenazas que en su contra existían, de las cuales conocían sus superiores y de manera especial el Director General de la entidad, no hizo gestión efectiva alguna para brindarle la protección que su función pública en esos momentos y dadas las circunstancias de descomposición legal, moral y administrativa que primaban en la aduana, la hacían urgente y de obligatoria necesidad.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Santafé de Bogotá, D. C., noviembre ocho (8) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Dr. Daniel Suárez Hernández.*

Referencia: Expediente No. 6296. Actor: Cruz Elena Valencia Zapata y Otros.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación que interpuso la parte actora contra la sentencia de 29 de marzo de 1990, dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, mediante la cual se negaron las súplicas de la demanda.

I. ANTECEDENTES

El 18 de diciembre de 1984, la señora Cruz Valencia Zapata, en su propio nombre y en representación de su hijo Andrés José Manrique Valencia: y

SECCION TERCERA

los señores Diego Manrique Zárate y María Josefa Rozo de Manrique, como representantes legales del menor Diego Manrique Garzón, en demanda presentada ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, solicitaron que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

“1. La NACION es responsable de la totalidad de los daños y perjuicios causados a los demandantes con la muerte del doctor DIEGO JOSE MANRIQUE ROZO, Jefe de Sección 2075-02 de la Sección de Bodegas de la Administración de la Aduana de Bogotá, ocurrida en esta ciudad de Bogotá el día 14 de enero de 1983, en la calle 47 con la carrera 21, frente a su residencia, por manifiesta desprotección de las autoridades.

“1.1 Condénase a la NACION a pagar a doña CRUZ HELENA VALENCIA ZAPATA viuda de MANRIQUE y a su menor hijo ANDRES JOSE MANRIQUE VALENCIA, y al menor DIEGO MANRIQUE GARZON, representado por sus abuelos paternos el Dr. DIEGO MANRIQUE ZARATE y Doña MARIA JOSEFA ROZO DE MANRIQUE:

“2.1 Daños y perjuicios materiales (incluyendo en el lucro cesante los intereses —frutos— de los que sumen desde la fecha de su causación y hasta la de fijación de la indemnización), en la cuantía que resulte de las bases que se prueben en el curso del proceso.

“Su pago se hará en moneda en curso, es decir, con pesos que tengan el mismo poder que los de la fecha de causación de los daños y perjuicios.

“2.2 Daños morales con el equivalente en pesos de la fecha del fallo de mil gramos de oro fino, y,

“2.3 Gastos del proceso.

“1.2 La NACION dará cumplimiento a la sentencia dentro de los términos señalados en el artículo 176 del C.C.A., y concordantes del C. de P. C.. Si no lo hiciere así pagará intereses legales y moratorios, al tenor de lo dispuesto en el artículo 177 del C.C.A., a partir de la presentación de la solicitud de pago”. (Fols. 3 y 4).

2. Fundamentos de hecho

Se relatan en forma extensa en la demanda (Fols. 279 a 281 C. 1). Sin embargo, la señora Fiscal Octava de la Corporación, los resume apropiadamente, así:

“El día 14 de enero de 1983, el Doctor DIEGO JOSE MANRIQUE ROZO, cuando salía de su residencia ubicada en la Calle 47 con la Carrera 21 de esta ciudad, con destino a su oficina ubicada en el Aeropuerto El

Dorado, en donde se desempeñaba como Jefe de las Bodegas de las Aduanas Nacionales, fué herido de un disparo en la cabeza, propinado por individuos que huyeron en un vehículo no identificado, los hechos ocurrieron más o menos a las siete y media (7 1/2) de la mañana falleciendo horas más tarde en la Clínica Palermo.

“Con la investigación penal quedó establecido, que el atentado contra el Dr. Manrique Rozo, se debió, a la ejecución de un operativo en el cual fueron decomisadas mercancías, procedentes de Panamá con destino a los San Andresitos de esta ciudad y que iban a ser sacadas ilegalmente del Aeropuerto por sus propietarios, en complicidad con miembros del Resguardo de Aduanas, operativo llevado a cabo en la noche del 12 y madrugada del 13 de noviembre de 1982.

“Desde entonces empezaron las amenazas llamadas a la casa y oficina, pues no existe noticia que el fallecido hubiera participado en el decomiso de otras mercancías, pero lo que si es bien sabido es que el valor de las decomisadas es de millones de pesos que pasaron a ser propiedad de la Aduana.

“La víctima había nacido en Zipaquirá el día 5 de septiembre de 1954, contaba con 28 años al momento de morir, según el promedio de vida en nuestro país, le quedarían 42 años más de vida. Había contraído Matrimonio inicialmente con Ingrid Fernanda Garzón Valencia y de la unión procrearon un hijo a quien le dieron el nombre de DIEGO MANRIQUE GARZON, nacido el 19 de mayo de 1973 en la ciudad de Bogotá, matrimonio que fué anulado legalmente; luego contrajo matrimonio con Cruz Helena Valencia Zapata, habiendo nacido de esta unión el niño ANDRES JOSE MANRIQUE VALENCIA, el día 22 de julio de 1983 en Bogotá.

“El occiso Diego José Manrique Rozo, recibió el Título de Arquitecto, mediante diploma que le expidió la Universidad La Gran Colombia, el 26 de Noviembre de 1982; la muerte del señor Manrique Rozo, causó tanto a su esposa como a sus dos menores hijos, daños y perjuicios materiales y morales por ser estas personas sin bienes, ni rentas de capital.

“Los perjuicios materiales, se tienen como resultado de la privación de la asistencia económica que regular y oportunamente les venía suministrando y que con toda seguridad les iba a proporcionar en el futuro, dada la preparación y título de arquitecto obtenido. De la demora en el pago de la indemnización causada desde la fecha de la muerte de su protector, perjuicios equivalentes, cuando menos, a sus frutos, a sus intereses legales, en pesos corrientes desde la fecha de su exigibilidad.

“Los perjuicios Morales, sufridos a raíz del dolor, de la aflicción, de la congoja pasada y futura, pero siempre presente, que para toda la vida, ha dejado en ellos la carencia definitiva del esposo y padre, del apoyo material

y del aliento espiritual, del encausamiento y dirección a la existencia, daños y perjuicios ligados causalmente con la manifiesta desprotección en que las autoridades de la República, dejaron al Dr. Diego José Manrique Rozo, después de haber realizado el operativo antes citado, misión ésta de competencia de los cuerpos armados y nó de los civiles”.

3. El trámite

Una vez notificado el Ministro de Hacienda del auto admisorio de la demanda, por conducto de apoderado dió respuesta a dicho libelo en los términos del memorial obrante a folios 62 y 63. Posteriormente la parte actora, en escrito de folios 64 a 71, a la vez que solicita pruebas, aclara la demanda. Notificado el ente demandado de la admisión de aquella, por auto que obra a los folios 79 y 80 decreta la práctica de las pruebas. Agotado el término probatorio se dispuso correr el traslado de rigor para que las partes presentaran sus alegaciones de fondo. La demandante lo hizo en memorial de folios 181 a 191 y la demandada en escrito que corre a folios 192 a 198, con razones y argumentos dirigidos a sacar avante la respectiva posición jurídica y procesal.

La actora considera que hubo falla del servicio porque al occiso se le ordenó cumplir “un operativo anticontrabando, que no está dentro del ámbito de sus obligaciones”. Igualmente encuentra la falta de la administración, porque a pesar de las amenazas recibidas, “El Estado no le dió la protección en su vida que ordena el artículo 16 de la Constitución”. Otra falla oficial que también se anota en el alegato al explicar la demandante en la conducta displicente y “sospechosa de complicidad” del conductor de Manrique, quien pese a encontrarse armado no fué capaz de evitar el homicidio.

La Administración argumenta que las pruebas del proceso penal carecen de valor demostrativo porque los testimonios allí recaudados no fueron ratificados. Sostiene que las amenazas contra la víctima “no pasan de ser una simple afirmación... y ellas no pueden tomarse (si es que existieron) como un preludeo o antesala de su muerte porque no solo a él fueron dirigidas sino a otros funcionarios de la Aduana Nacional...”. Además si se sintió amenazado ha decidido acudir a las autoridades competentes “para que le prestaran la debida protección”. Agrega que en este caso, “si existieron amenazas no existe prueba alguna que se haya solicitado protección especial”. Acerca de la extralimitación de funciones por parte de la Dirección General de Aduanas, considera que ella no se dió y en su respaldo invoca las funciones legales de la Sección de Bodegas (Decreto 075 de 1976, artículo 54), Decreto 2163 de 1979 sobre labores de un jefe de Sección y el artículo 50 de la Ley 79 de 1931, normas que interpreta la demandada en el sentido de encuadrar las actuaciones del occiso dentro del margen legal de sus ocupaciones.

El Fiscal Séptimo del Tribunal, conceptuó favorablemente a las pretensiones de la demanda porque consideró “que en vista de tales amenazas, la Dirección General de Aduanas ha debido disponer directamente, o pedir a la dependencia pertinente, de personas y medios adecuados para vigilar y proteger, hasta donde fuera posible, al Jefe de Bodegas Dr. Manrique Rozo...”. Se dió una omisión del Estado al no brindar la protección “aún sin pedirla expresamente el interesado, ha debido concedérsela...”; termina su vista fiscal solicitando que por ser empleado público debe descontarse de la indemnización lo recibido “como prestaciones de seguridad”, y lo que llegaren a pagar en el proceso penal en la ocurrencia de una sentencia condenatoria.

4. La sentencia apelada

Analizó el *a-quo* en su providencia la falla de la administración planteada en la demanda, con la advertencia de que “no valorará las copias auténticas de las declaraciones rendidas en el proceso penal... por cuanto no reúnen los requisitos de la prueba trasladada... y menos aún tales declaraciones fueron ratificadas en el curso del proceso...”.

Lo anterior lleva al Tribunal al estudio valorativo de los testimonios de los doctores Rafael Poveda Alfonso y Heriberto Velásquez Ramos, Director y Subdirector de la Aduana Nacional respectivamente. Del testimonio del doctor Poveda, se dice en el fallo, “no puede concluirse en forma clara y patente que el señor Manrique Rozo hubiera sido amenazado en razón del ejercicio de sus funciones y menos aún que hubiera solicitado protección a raíz o como consecuencia de dichas amenazas... Y es que la amenaza a un funcionario por sí sola no puede generar una responsabilidad de la administración”.

La amenaza, razona el *a-quo*, “debe revestir una inminencia y gravedad tales y estar vinculada en una relación causa-efecto con el perjuicio que se ocasiona al ser materializada, que la falta de protección de la autoridad ante ella permita concluir que el servicio falló por ausencia del mismo. Obviamente la Administración debe estar enterada de la amenaza...” (Fol. 229).

De otra parte, en cuanto a que “la administración desbordó sus facultades constitucionales y legales, al permitir, y algo más autorizar, que un empleado simplemente administrativo, un jefe de Bodega, asumiera atribuciones militares...”, de donde deduce la demandante la falta del servicio, el Tribunal estimó que carecía de comprobación legal dicha manifestación.

Luego de transcribir lo pertinente de las declaraciones de los entonces máximos directivos de la Aduana Nacional, concluye el *a-quo* “que el funcionario asesinado participaba en operativo contra el contrabando y que ello

era corriente dentro de sus funciones. Pero aún en el evento que pudiera ser discutible la participación del funcionario en mención en tales operativos..., a los funcionarios de dicha Dirección se les pueden asignar funciones diferentes a las señaladas para cada cargo con base en el artículo 50 de la Ley 79 de 1931...”.

Para concluir, en el fallo recurrido se sostiene que no fué probada la falta del servicio, por lo cual “la Sala queda relevada de entrar a estudiar los otros elementos que conforman la responsabilidad de la Administración”.

5. Alegaciones en segunda instancia

Inconforme con la sentencia de primer grado, la parte actora interpuso recurso de apelación contra aquella. En escrito visible a los folios 240 a 253 lo sustentó.

Cuestiona el recurrente la credibilidad que otorga el *a-quo* al declarante Velásquez Ramos en relación con el operativo del 12 y 13 de noviembre de 1982, cuando afirma que lo planeó y coordinó el occiso, en tanto que el Director, según el apelante, se muestra como la persona que dió orden para efectuarlo. Sobre la ley 79 de 1931 sostiene que atenta “contra el principio de congruencia interior que rige todas las sentencias (art. 170 C.C.A., y 305 del C. de P. C.). De otra parte estima que dicha norma no está vigente y es inconstitucional, por lo que solicita, con apoyo en el artículo 215 de la Carta, que no se aplique. Complementa su escrito de impugnación con algunas consideraciones dirigidas a reafirmar su tesis de inconstitucionalidad de la disposición legal antes referida. Concluye su alegación manifestando que “Hay una falla anónima del servicio clarísima que compromete necesariamente la responsabilidad del estado”. De igual manera formula petición para que la Sala decrete pruebas de oficio. Posteriormente, en la oportunidad de alegar de conclusión, presenta el escrito que obra a folios 256 a 268, en el cual, casi textualmente repite lo expresado en su memorial de sustentación. La demandada también presentó un breve escrito en apoyo de la sentencia recurrida cuya confirmación impetra. (Fols. 270-271).

6. El concepto fiscal

La señora Fiscal Octava del Consejo de Estado en su concepto de fondo (Fols. 278 a 288) se muestra de acuerdo en no apreciar las pruebas trasladadas del proceso penal porque no fueron controvertidas. Estima que “no desbordó sus facultades la administración al ordenar o autorizar a un funcionario administrativo... a intervenir un operativo de decomiso de mercancía, que son de la competencia de Resguardo Nacional de Aduanas. (Art. 15)”. En cambio considera “que la Dirección General de Aduanas ha debido disponer directamente o solicitar a las autoridades respectivas la vigilancia y protección del doctor Manrique Rozo...”. Estima que la Nación es responsable

por una falla en la administración por no prestarle la debida vigilancia y protección a su vida. Remata su concepto en forma favorable a los intereses de los demandantes, previa revocatoria de la decisión recurrida”.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Corresponde a la Sala decidir en el caso bajo estudio si las personas demandantes tienen derecho a ser indemnizadas como resultado o consecuencia de la muerte de Diego José Manrique Rozo, quien al morir se desempeñaba como Jefe de Sección, Sección Bodegas en la Administración de Aduanas de Bogotá y quien falleció violentamente al ser asesinado cuando iba a abordar el vehículo que lo llevaría a su lugar de trabajo el día 14 de enero de 1983.

En autos se encuentra demostrado su matrimonio con Cruz Helena Valencia Zapata (folio 42), el nacimiento de sus hijos Diego Enrique Garzón (folio 40) y Andrés José Manrique Valencia (folio 41). De igual manera se acreditó su fallecimiento con el registro que obra al folio 38. La condición de funcionario público se demuestra con las documentales de folios 36 del cuaderno principal y 20 del cuaderno de pruebas en donde además se encuentra la asignación correspondiente al mes de enero de 1983.

Sostiene la parte demandante que en el caso bajo examen le corresponde al Ministerio de Hacienda la responsabilidad en la muerte violenta de Manrique Rozo y la consecuente indemnización de perjuicios porque el deceso fué resultado de falla o falta en el servicio.

Respalda su posición en el hecho de que al Jefe de Bodegas se le hubiera encomendado una misión de carácter policivo o militar ajeno a sus propias obligaciones. No obstante, considera la Sala que en este punto no lleva la razón la parte actora, por cuanto, de una parte, al no estar precisamente definidos los límites de la labor del Jefe de Bodegas en cuanto debe vigilar y controlar el tránsito y cuidado de las mercancías que ingresaban a la dependencia a su cargo, resultaba difícil determinar hasta donde su participación en los operativos para incautar mercancías que salían o entraban a las bodegas de la Aduana, le eran ajenas a sus funciones. Además, conforme al artículo 50 de la ley 79 de 1931, “a cualquier empleado de Aduana podrá exigirle su Jefe, en casos excepcionales, que trabaje en horas distintas de los días y horas señaladas para el trabajo corriente... así como también podrá exigirle que ejecute las labores y haga las diligencias necesarias para el correcto servicio de la Aduana, aunque esas labores y diligencias no sean las específicamente asignadas al puesto que ocupe el empleado”.

De lo anterior deduce la Sala que el comportamiento asumido por el occiso Manrique Rozo no le era ajeno a sus funciones, sea que se admita su propio querer e iniciativa en el mismo, o que se entienda como el cumpli-

miento de órdenes o instrucciones superiores. En uno u otro caso, estima la Sala que el funcionario sacrificado al participar en los aludidos operativos desarrollaba labores inherentes y relacionadas con los deberes correspondientes a su cargo. Por esta razón no se comparten las acusaciones que en tal sentido formulan los demandantes para deducir una falla en el servicio.

Un segundo aspecto cuestionado por la parte actora hace referencia a la conducta asumida por el conductor oficial del vehículo asignado a Manrique Rozo. En la demanda se le atribuye una absoluta inactividad y descuido ante el alevoso ataque de que era víctima su superior. Tampoco encuentra la Sala fundamento alguno de orden legal y probatorio para concluir que la presunta actitud pasiva del conductor pueda originar responsabilidad de la administración. Así se entiende porque de una parte, sobre el particular no existe en el proceso comprobación suficiente y de otra, porque dicho conductor no tenía carácter o funciones de escolta.

El tercer motivo que aducen los demandantes como fundamento de la pretendida falla del servicio guarda relación con la carencia absoluta de vigilancia a Manrique Rozo cuando se produjo la mortal agresión. En torno de este punto la parte actora reclama e interroga por qué si estaba amenazado el Estado no le brindó oportuna protección. La administración, por su parte sostiene que la existencia de tales amenazas no se demostró y que en ningún momento el occiso hizo reclamo formal de protección ante las autoridades correspondientes.

Para la Sala, a pesar de la escasa prueba recaudada sobre las amenazas recibidas, resulta suficiente el testimonio del Director General de Aduanas en la época de los hechos, doctor Rafael Poveda Alfonso, quien a folios 14 a 18 del cuaderno de pruebas, entre otras circunstancias alude a las siguientes:

“Cuando le ofrecí el puesto le hice caer en la cuenta de que la actividad que iba a desarrollar resultaba muy peligrosa... se trataba, pues, de luchar contra una práctica inveterada y desde luego acabar, o pretender acabar con costumbres como ésta constituye una actividad sumamente riesgosa... él aceptó ese puesto con conciencia de que tenía que luchar contra un montón de prácticas y de corruptelas, como efectivamente luchó... EL VARIAS VECES ME CONTO QUE SOLIAN LLAMARLO ANOMAMENTE (sic) POR TELEFONO AMENAZANDOLO, Y A MI TAMBIEN ME LLAMARON VARIAS VECES COMO SUCEDE SIEMPRE, ANONIMAMENTE, PIDIENDOME EL CAMBIO DE DIEGO... Ciertamente la muerte violenta de que fué víctima el doctor DIEGO MANRIQUE ROZO, se debió, según concepto unánime de los funcionarios de las Aduanas de Colombia, a un acto de venganza miserable como consecuencia de la lucha que él le hizo al contrabando, desde el cargo que ejerció como Jefe de Bodegas de la Aduana y por haberse vinculado a varios operativos que se efectuaron alrededor de esta lucha emprendida por funcionarios de la Dirección General de Aduanas... A mí, personal-

mente no me cabe duda de que ese homicidio se debió a una vendetta de parte de los contrabandistas... EN VARIAS OPORTUNIDADES, SE ME AMENAZABA Y SE AMENAZABA Y DIEGO EN EL SENTIDO DE QUE SI YO NO LO RETIRABA DEL CARGO, O EL NO CAMBIABA DE ACTITUD, ES DECIR, SI NO SE AMOLDABA A LAS PRACTICAS INBETERADAS (sic) Y CORRUPTELAS DE QUE HE HECHO MENCION, CORRIA PELIGRO DE MUERTE, EN ALGUNA VISITA QUE ME HIZO DIEGO MANRIQUE ME CONTO QUE SOLIAN LLAMARLO POR TELEFONO Y AMENAZARLO ANONIMAMENTE. ENTIENDO, DE ESTO NO TENGO TOTAL CONOCIMIENTO, QUE DIEGO PIDIO AUXILIO PARA TRATAR DE CONTRARESTAR ESTAS AMENAZAS. DE MI PARTE VARIAS VECES DI LA ORDEN PARA QUE DIEGO FUERA VIGILADO Y A EL MISMO LE MANIFESTE QUE DEBIA CUIDARSE MUCHO, DE LA MISMA MANERA COMO YO SIEMPRE ME HE CUIDADO". (Las mayúsculas no son del texto).

Para la Sala, el medio probatorio que se acaba de transcribir parcialmente, equivale a la prueba de informes de entidades oficiales regulada por el artículo 199 del C. de P. C. y presenta plena demostración de lo que se averigua por provenir de un hombre serio y honesto. Resulta incuestionable que en verdad el funcionario Manrique Rozo era víctima de amenazas contra su vida en razón del cumplimiento fiel y responsable de las obligaciones y deberes inherentes a su cargo. Precisamente ese sentido de la honestidad y de la responsabilidad lo llevaron a superar las costumbres y los usos corrompidos tan frecuentes en las dependencias de la Aduana. Su conducta plena de valor civil y de respeto a la ley le originaron resentimientos y enemistades que inicialmente afloraron a través de llamadas telefónicas personales y en ocasiones a su propio superior, para que ó renunciara y se retirara del cargo, o para que permitiera que la corrupción persistiera en las dependencias cuyo control le competía, y finalmente, ante la ineffectividad de aquellas, propiciaron su muerte a través de las manos criminales del sicario que lo asesinó.

No comparte la Sala la posición asumida por el Tribunal con relación al tratamiento y enfoque que le da a las amenazas referidas. El valorar la gravedad de las mismas y su posibilidad de hacerse efectivas ciertamente no resulta fácil para la víctima. Desde luego que tales amenazas deben ofrecer visos de credibilidad. En el caso bajo estudio eran tan reales que de las mismas y por sus propios autores en forma directa fué enterado el Director General de la Aduana. Su manifestación juramentada no requiere comentarios. Los antecedentes administrativos del funcionario victimado acredita suficientemente que la situación por él vivida a raíz del cumplimiento de sus deberes exigía una atención y un cuidado tan responsable y dedicado por parte del Estado, por lo menos en forma equivalente a como el servidor público le prestaba su servicio.

SECCION TERCERA

La tesis esbozada por la parte demandada y acogida por el Tribunal, sobre la necesidad de que Manrique Rozo solicitara de las autoridades competentes la vigilancia respectiva no es de recibo en el caso estudiado. Tal posición la fijó esta Sección en providencia de fecha 17 de febrero de 1983, en donde en un caso similar al presente, aunque no idéntico, se negaron las pretensiones de la demanda porque era necesario solicitar en forma expresa la intervención de la autoridad. "No se puede predicar omisión generadora de responsabilidad, cuando el funcionario competente necesita de requerimiento para actuar en ejercicio de sus atribuciones y el particular interesado se abstiene de ejercer el derecho de pedir intervención de acuerdo con las disposiciones legales pertinentes". (Sostuvo la Sala en esa oportunidad, con ponencia del señor Consejero Jorge Valencia Arango). (Expediente No. 3331; Actor Ligia Calderón de Córdoba). Frente a la sentencia mencionada el señor Consejero Carlos Betancur Jaramillo salvó su voto con razones y fundamentos que posteriormente fueron recibidos en la providencia de Sala Plena del 12 de julio de 1988 mediante la cual se anuló la sentencia de 17 de febrero de 1983 antes mencionada y en la de 30 de octubre de 1990 sustitutiva de la dictada inicialmente por esta Sección.

Estima la Sala que algunas de las consideraciones allí expresadas son de plena aplicación en el caso que ahora se estudia. En efecto, tanto en el caso del Magistrado a que se refieren los fallos mencionados, como en el presente, era evidente el peligro de muerte que corrían dichos funcionarios. Ambos eran magníficos administradores, de justicia el uno, de la cosa pública el otro; frente a ellos el Estado omitió su compromiso constitucional de protección a los ciudadanos con el agravante de que las víctimas en uno y otro asunto además de ostentar aquella condición, la de la ciudadanía, eran servidores públicos ejemplares y cumplidores estrictos de los deberes que la Administración les había impuesto. En ambos casos fué ostensible el descuido y abandono del Estado en su obligación fundamental de protegerlos. Por lo demás, uno y otro funcionario encontraban en torno suyo unas circunstancias sociales y económicas en extremo peligrosas para quienes, como ellos, cumplían a cabalidad sus deberes de servicio, ese servicio por cuyo estricto cumplimiento cayeron abatidos, víctimas de los proyectiles que impulsaron las manos asesinas de quienes encontraban en sus víctimas, el mayor escollo moral y material para el desarrollo de sus actividades delictuosas.

Desde luego, se tiene por sabido, que no se trata de incurrir en estos casos en la utópica aspiración de asignarle a cada ciudadano un policía para que lo proteja. De ninguna manera. La cuestión se dirige a que en circunstancias de anormalidad y de riesgo, ahí sí, haga presencia el Estado con dedicación especial hacia las personas que necesitan de su protección. Y resulta incuestionable que Manrique Rozo vivía momentos y circunstancias de excepción y de riesgo. Así lo manifestó su superior. Y así lo comprende la sociedad colombiana, cuando con tanta frecuencia se la informa de las anómalas e ilícitas maniobras efectuadas en las dependencias de la Aduana Nacional

por alguno de sus integrantes, o bien, por particulares en estrecha complicidad con los mismos. Alrededor de ese ambiente corrompido, circulaban millonarios intereses económicos, suficientes en las venales y criminales conciencias de sus dueños para provocar amenazas serias de todo orden o la ejecución y cumplimiento de las mismas. Sin duda el ejercicio sano de su deber oficial y de una pulcra función pública, en ambiente moral tan resquebrajado, imponía por parte de la Administración una protección muy especial, la cual, desafortunadamente nunca se le otorgó a tan eficiente funcionario. Esta es la omisión que genera la responsabilidad estatal.

Tal fué, en últimas, el razonamiento de la Corporación en Sala Plena dentro del proceso antes referenciado, en cuanto atañe al fallo de anulación atrás mencionado; de cuyos apartes en esta providencia se hace la siguiente mención:

“Es que el artículo 16 de la Carta impone a las autoridades la obligación de proveer a la protección de la vida de las personas que residen en el territorio nacional y ésta debe entenderse dentro de las peculiares circunstancias de cada momento y sin que se la pueda encasillar en moldes de derecho privado, como son los que se pregonan en la providencia recurrida al invocar la clasificación de obligaciones de medio y de resultado, para sostener que sólo a las primeras se deban las susodichas autoridades, quienes además deben ser requeridas de la protección querida formalmente en cada caso concreto.

“No es dable concebir que el Estado ostente el carácter de deudor en el mismo plano de las relaciones jusprivativas frente al conglomerado de personas que lo conforman y que en virtud de ello sólo se compromete a poner los medios tendientes a la protección de ellas sin que pueda garantizar el resultado.

“Su función de protección policiva, enmarcada como está en el derecho público va mucho más allá, pues su responsabilidad tiene que ver nada más ni nada menos que con la salvaguardia de la vida, honra y bienes de los asociados, bienes estos tangibles e intangibles que trascienden los lindes del simple interés particular.

“Ni siquiera en el caso *sub-judice* podría decirse que se hubiera puesto medio alguno al servicio del doctor Córdoba, porque a pesar de ser muy especial la situación de riesgo contra su vida, no se proveyó concretamente a su seguridad personal.

“La protección que a la vida, honra y bienes de los ciudadanos deben las autoridades, según el artículo 16 de la Constitución —principio que viene consagrado desde 1886— no puede concebirse jamás como estática, es decir, que no puede aceptarse que los organismos policivos sean

sujetos pasivos entregados a la espera impasible de la petición de protección por parte del miembro de la comunidad que la necesita, sino que por el contrario deben observar una actitud de permanente alerta determinada por las circunstancias de cada momento que viva la colectividad y tomar la acción que corresponda —*motu proprio*— cuando la situación azarosa de perturbación en un caso dado la haga aconsejable respecto de una o determinadas personas en razón de la influencia que tales circunstancias obren sobre ellas por la posición que ocupan en la vida social. Cual es lo sucedido en el evento *sub-lite*, en que, como se explicó, la integridad personal del doctor Córdoba se hallaba particularmente en peligro debido a su investidura oficial de juez de la República en la rama del derecho penal que lo colocaban a merced de la malquerencia de quienes resultaren castigados con sus providencias, lo cual se puso de bulto con el atentado con bomba de que fué víctima en su casa de habitación y que dió lugar a una protección transitoria de un policía en los predios de ella, ya que por su propia cuenta y cuando aquél le fuera removido, contratará los servicios de un celador por un lapso de ocho (8) meses. Y en segundo lugar, los días aciagos que vivió la ciudad de Valledupar en los días anteriores al acaecimiento de su asesinato, en que salió a flote un plan terrorista encaminado a dar muerte a las más altas autoridades policivas volvieran su atención, cuidado y protección al mismo doctor Córdoba a la sazón presidente del Tribunal y por ello también cabeza visible de cualquier blanco propicio de la delincuencia.

“La misma sentencia de 17 de noviembre de 1967 que la parte opositora al presente recurso extraordinario de anulación transcribe, termina diciendo en aparte extrañamente omitido y saltado:

““Pero cuando sobrevienen *circunstancias extraordinarias se requiere entonces la presencia especial de la autoridad. Si esta no acude su omisión consentida se resuelve necesariamente en negligencia, causante de perjuicios y originaria de responsabilidad. No se puede responsabilizar al Estado por la actividad furtiva y esporádica de los delincuentes. Se le responsabiliza cuando el desorden causado por el daño se hace empresa pública y aquél no intenta siquiera contrarrestarlo. No puede quebrantarse sin consecuencias el artículo 16 de la Constitución*”. (Subraya la Sala)”. (Folios 332 a 334 Cdo. 1 Expediente R-029 Ligia Calderón de Córdoba, Julio 12 de 1988; Ponente: Simón Rodríguez Rodríguez).

El anterior criterio jurisprudencial concuerda en lo esencial con lo expresado por el señor Consejero Carlos Betancur Jaramillo en el salvamento de voto, que con estricto criterio jurídico y enérgico sentido de humanidad hiciera frente a la sentencia que esta Sección dictó el 17 de febrero de 1983 ya mencionada, allí se lee:

“Todos sabemos de memoria para qué están instituídas las autoridades.

“Nuestra Carta es elocuente en su artículo 16: ““Para proteger a todas las personas residentes en Colombia en sus vidas, honra y bienes y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares””.

“Es un texto bastante claro que, pese a que ya nadie discute la responsabilidad estatal, ha venido perdiendo importancia y alcances. En la jurisprudencia del Consejo, cuya muestra es esta decisión que glosamos y que sigue la línea excesivamente dura del proceso de la Frontera (cuya sentencia se cita como respaldo) se le ha ido introduciendo a ese artículo 16, a modo de párrafo, una invisible condición, digna del más crudo leseferismo: *Esa protección se presta siempre y cuando la persona la pida expresamente, ya que si no lo hace, el Estado está exonerado de prestarla.*

“No, no puede ser el alcance de la norma porque estamos en otro siglo y bajo otras perspectivas. Y hemos llegado a ese extremo, quizás, porque creemos que la jurisprudencia sirve para salvaguardar la forma sagrada y no para darle a cada cual lo suyo.

“No insinuamos con esto que cada persona deba tener un policía a su lado. No, pero la protección que merecemos todos debe estar cerca, presta a actuar ante las primeras señales de la perturbación y acorde con los riesgos propios de la actividad que cada cual deba cumplir y en proporción a la misma.

“Y en un estado de zozobra donde obviamente se extreman los riesgos, se debe extremar la protección para aquéllas personas que en una u otra forma dirigen la marcha del Estado. Por eso en circunstancias anormales o de excepción no puede esperar la autoridad, sin faltar a sus mas elementales deberes, el requerimiento angustioso de la persona amenazada.

“Y en estos momentos de intranquilidad social y de angustia son los jueces, mas que nadie, los que merecen especial trato, porque están precisamente en línea de fuego. Trato que tiene que ser oficioso, nunca el efecto de una instancia de parte o de una querella. Y merecen esa especial protección porque son los que están más expuestos a la vindicta de los desalmados, de los mafiosos, de los sediciosos, de los corruptores, de los falsarios, de los peculadores, de los sicarios, de los violadores.

“Nos acostumbramos a leer el texto constitucional recortado y a menudo creemos que las autoridades están sólo para proteger pero no para ser protegidas. Por eso tal vez y porque nuestro poder judicial goza de

un inmemorial complejo de inferioridad, a nadie se le ocurre pensar que un juez merezca o necesite protección.

“Cuando el país vive una época de terror y angustia como la actual, cuando la subversión cierra su cerco y el crimen organizado y brutal gana prestigio social, lo menos que pueden esperar las gentes de bien es la solidaridad, porque como dice el slogan “todos somos responsables de todos”. Hoy más que nunca necesitamos una solidaridad espontánea y no rogada, decidida, franca y eficaz...

“... No creemos que el asunto se pueda reducir a una clasificación entre obligaciones de medio y de resultado, para afirmar que la garantía del artículo 16 encuadra en aquéllas. Estimamos que el enfoque no puede ser tan simplista y que para resolverlo debe acudir a nociones del derecho privado que si bien tienen importancia en las relaciones entre particulares, es nada lo que tiene que hacer en controversias como la aquí definida, en la que se cuestiona el alcance de un deber constitucional, que es una preciosa garantía para los asociados y no un mero negocio interpartes. Por algo el constituyente incluyó ese artículo 16 en el catálogo de los derechos civiles y las garantías sociales”. (Fols. 159 al 161). (Proceso: 3331; Ligia Calderón; febrero 21 de 1983).

Dimana de lo anterior, que la omisión en proteger con especial cuidado y prevención al Jefe de Bodega de la Aduana, Diego Manrique Rozo, originó la falla del servicio, por cuanto el Estado, a sabiendas de las graves amenazas que en su contra existían, de las cuales conocían sus superiores y de manera especial el Director General de la Entidad, no hizo gestión efectiva alguna para brindarle la protección que su función pública en esos momentos y dadas las circunstancias de descomposición legal, moral y administrativa que primaban en la Aduana, la hacían urgente y de obligatoria necesidad.

La anterior omisión por parte de las entidades estatales, lesionó o afectó no solamente el derecho a la vida de uno de sus más preclaros funcionarios como bien lo resaltó el señor Director General de Aduanas Doctor Rafael Poveda Alfonso, sino que por contera trajo también consigo la privación de suministros económicos que la víctima efectuaba a su cónyuge y descendientes hijos, a más de afectarlos y perturbarlos sentimental y efectivamente.

De lo expuesto emerge que la responsabilidad imputada a la Nación como consecuencia de la aludida falta o falla del servicio por omisión, genera las correspondientes indemnizaciones por los perjuicios de orden moral y material sufridos por los demandantes.

Con relación a los perjuicios morales, estos serán reconocidos a la señora Cruz Helena Valencia Zapata, cónyuge supérstite de la víctima, y a sus hijos Andrés José Manrique Valencia y Diego Manrique Garzón, en cuantía

equivalente en pesos a 1.000 gramos de oro fino para cada uno, al precio que certifique el Banco de la República a la fecha en que esta providencia cause ejecutoria.

En punto relacionado con los perjuicios materiales, que conforme a la pretensión consagrada en el punto 2.1., visible al folio 4 del expediente, donde se lee “daños y perjuicios materiales (incluyendo en el lucro cesante los intereses —frutos— de los que sumen desde la fecha de su causación y hasta la de fijación de la indemnización), en la cuantía que resulte de las bases que se prueben en el curso del proceso” se tiene: Que el fallecido Diego José Manrique Rozo, encontró la muerte cuando prestaba servicios personales al Estado Colombiano y por tal actividad gozaba de la remuneración a que se contrae el documento público visible al folio 39, esto es, “con una asignación de \$41.200.00, más un 25% de bonificación por año de servicios, 50% por prima de servicios y 100% de prima de navidad”. De igual manera se tiene que la cónyuge supérstite señora Cruz Helena Valencia Zapata, lo mismo que los menores Andrés José Manrique Valencia y Diego Manrique Garzón, como hijos del occiso estos últimos, eran beneficiarios económicos de los ingresos que percibía su esposo y padre respectivamente.

No puede la Sala entrar a liquidar concretamente el daño material irrogado a los demandantes en su calidad de dependientes económicos por razón del vínculo matrimonial y parentesco de primer grado que los vinculaba con el occiso Diego Manrique Rozo, más aún cuando con la demanda se solicitó que “su pago se hará en moneda en curso, es decir, con pesos que tengan el mismo poder que los de la fecha de causación de los daños y perjuicios” (Fol. 4), pero no obran en autos los certificados expedidos por el DANE que permitan intentar dicha actualización. Por consiguiente, la Sala impondrá condena por los referidos perjuicios materiales y para su liquidación dispondrá el trámite de un incidente que deberán promover los interesados, dentro de los 60 días siguientes a cuando se notifique el auto de obedécese y cúmplase por parte del *a-quo*, todo con base en las siguientes pautas:

a) Se allegarán las Tablas de Mortalidad acogidas por la Superintendencia Bancaria, no solamente las vigentes para la época del hecho dañoso, sino también las que lo estuvieren para el momento en que dicha autoridad administrativa remita tales documentos,

b) Se aportarán los índices de Precios al Consumidor vigentes para enero de 1983, para el día en que cobre ejecutoria esta sentencia y, también los vigentes en el período inmediatamente anterior a cuando el DANE expida tales certificaciones.

c) Se distinguirán dos períodos en la indemnización, el primero por concepto de indemnización debida o consolidada que comprende de enero de 1983 a la fecha en que cobre ejecutoria esta sentencia; el segundo que

corre desde la ejecutoria de esta sentencia hasta cuando se emita la última providencia aprobatoria de la condena que aquí se impone.

d) De la renta mensual percibida por el causante al momento de su muerte, se deducirá un 25% que conforme a reiterada jurisprudencia se entiende utilizaba en sus gastos personales; el restante 75% se dividirá un 50% para la cónyuge sobreviviente Cruz Helena Valencia Zapata y la otra mitad se dividirá por partes iguales para los menores hijos del causante Andrés José Manrique Valencia y Diego Manrique Garzón.

e) Para liquidar la indemnización correspondiente a la viuda Cruz Helena Valencia Zapata, se tendrá en cuenta el máximo de vida probable del señor Diego Manrique Roza por cuanto este era mayor de su esposa damnificada; para calcular la renta de los menores, vale decir, para Diego Manrique Garzón (hoy mayor de edad) hasta el 19 de mayo de 1991, oportunidad en que cumplió 18 años según documento público visible al folio 40, y para Andrés José Manrique Valencia hasta el 22 de julio del año 2001, día en que cumplirá los 18 años de edad, según documento público a folio 41.

f) Para el cálculo de la indemnización debida, consolidada o vencida se aplicará la fórmula tradicionalmente utilizada por esta Corporación, a saber:

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

donde: Ra: renta mensual actualizada; i = interés del 0.004867 mensual; n = número de meses vencidos.

De donde:
$$Ra = R \frac{\text{Ind. Final}}{\text{Ind. Inicial}}$$

Para encontrar el monto de la indemnización futura, igualmente se utilizará la fórmula que en múltiples casos aplica el Consejo de Estado, a saber:

$$S = Ra \times F$$

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

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

En mérito de lo expuesto y de acuerdo con la Fiscalía, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, adminis-

trando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: Revócase la sentencia apelada, esto es, la de 29 de marzo de 1990 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera.

SEGUNDO: Declárase a la Nación—Ministerio de Hacienda y Crédito Público, responsable de la muerte del señor Diego José Manrique Rozo ocurrida el 14 de enero de 1983 en la ciudad de Bogotá.

TERCERO: Como consecuencia de la anterior declaración, la Nación—Ministerio de Hacienda y Crédito Público pagará a la señora Cruz Helena Valencia y a los menores Andrés José Manrique Valencia y Diego Manrique Garzón, la primera como cónyuge sobreviviente y los otros como hijos del señor Diego José Manrique Rozo, o a quienes sus derechos represente, por concepto de perjuicios morales, el valor equivalente en pesos a 1.000 gramos de oro fino, para cada una de dichas personas, de acuerdo con el valor que tenga el gramo de oro fino a la ejecutoria de este fallo y que certifique el Banco de la República.

CUARTO: Como consecuencia de la declaración de responsabilidad condénase en abstracto, a la Nación—Ministerio de Hacienda y Crédito Público, a pagar a la señora Cruz Helena Valencia Zapata y a los menores Andrés José Manrique Valencia y Diego Manrique Rozo, o a quienes sus derechos represente, los perjuicios materiales ocasionados a estos por la muerte de su esposo y padre, en su orden, de acuerdo a las bases y orientaciones dadas en la motiva de esta providencia. Tramítese incidente, dentro de los sesenta días siguientes a cuando se notifique el auto que ordene obedecer esta decisión, para concretar la condena.

QUINTO: Los interesados y beneficiarios con la condena por perjuicios morales, deberán allegar con la cuenta de cobro el certificado que expida el Banco de la República sobre el precio que corresponda al gramo de oro fino para la fecha en que esta decisión queda ejecutoriada.

SEXTO: Se dará cumplimiento a esta sentencia en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A.

SEPTIMO: Niéganse las demás peticiones de la demanda.

COPIESE, NOTIFIQUESE, CUMPLASE Y DEVUELVA.

SECCION TERCERA

Esta providencia fué estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha, siete (7) de noviembre de mil novecientos noventa y uno (1991).

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

RESPONSABILIDAD POR EL SERVICIO DE ADMINISTRACION DE JUSTICIA—Improcedencia/AUXILIAR DE LA JUSTICIA

La actividad judicial de los auxiliares de la justicia, en detrimento de los deberes que la constitución y las leyes les impone, bien puede llegar a comprometer, por acción u omisión, no solamente su responsabilidad personal y patrimonial de tales servidores públicos ocasionales, sino también la responsabilidad administrativa del Estado, en virtud de daños antijurídicos que le sean imputables frente a los litigantes y otros. Todo esto derivado del acentuado intervencionismo en la actividad para confeccionar las listas, para designar a los auxiliares de la justicia y para controlarlos estrictamente en el cumplimiento de sus deberes. En el *sub-lite* no se probó que el daño sobre el cual se pretende el resarcimiento hubiese sido producto de una falla en la prestación del servicio de justicia.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Santafé de Bogotá, D. C., ocho (8) de noviembre de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Dr. Daniel Suárez Hernández*

Referencia: Expediente No. 6380. Actor: Ricardo Alberto Rivera Medina.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte actora, contra la sentencia de fecha 4 de septiembre de 1990, proferida por el Tribunal Administrativo del Cesar, mediante la cual se dispuso:

“PRIMERO.— Denegar las súplicas de la demanda.

“SEGUNDO.— Condenar en costas al actor, señor Ricardo Alberto Rivera Medina. Tásense”. (fl. 113).

I.— ANTECEDENTES

El señor Ricardo Alberto Rivera Medina, por medio de apoderado judicial, demandó ante el Tribunal del Cesar en acción de Reparación Directa y Cumplimiento a la Nación—Ministerio de Justicia para que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

“PRIMERA.— Que la Nación Colombiana (Ministerio de Justicia) es responsable de los daños y perjuicios que se le ocasionaron a mi poderdante como consecuencia de la venta en pública subasta del inmueble denominado ‘EL IMPULSO’, adquirido por RICARDO ALBERTO RIVERA MEDINA, cuyas mejoras implantadas sobre el inmueble fueron destruidas por falta de vigilancia y custodia del citado inmueble, el cual se encontraba secuestrado por el Juzgado Primero Civil del Circuito.

“SEGUNDA.— En consecuencia, se condene a la Nación a reconocer y a pagar las cuantías por daños, así:

“A RICARDO ALBERTO RIVERA MEDINA, por daños y perjuicios patrimoniales por concepto de daño emergente y lucro cesante la suma de veinte millones de pesos (\$ 20'000.000.00) o la cantidad que resulte probada en el proceso, más los intereses compensatorios de lo que sume, desde la fecha en que el daño se produjo hasta la fijación de la indemnización, en la cuantía que se demuestre en el curso de proceso.

“TERCERA.— Ordenar que las sumas a que ascienda la condena impuesta a la entidad demandada, se ajuste su valor al momento del pago teniendo en cuenta los índices de precios al consumidor de conformidad con Certificación que al efecto expida el DANE”. (Fls. 22 y 23).

Como HECHOS fundamentales de las anteriores pretensiones el demandante cita los siguientes:

“PRIMERO.— Ante el Juzgado Primero Civil del Circuito de esta ciudad se inició y tramitó hasta su culminación el Proceso Ejecutivo de Mayor Cuantía de la Sociedad Servicios Agrícolas Limitada ‘SALA’ contra CARLOS PORTO MANJARREZ, iniciado mediante auto de diciembre 6 de 1982.

“SEGUNDO.— Dentro del proceso se ordenó la diligencia de embargo y secuestro de la finca denominada ‘EL IMPULSO’, ubicada en la jurisdicción del Municipio de Bosconia (Cesar) con un área de sesenta y un

RESPONSABILIDAD POR EL SERVICIO DE ADMINISTRACION DE JUSTICIA—Improcedencia/AUXILIAR DE LA JUSTICIA

La actividad judicial de los auxiliares de la justicia, en detrimento de los deberes que la constitución y las leyes les impone, bien puede llegar a comprometer, por acción u omisión, no solamente su responsabilidad personal y patrimonial de tales servidores públicos ocasionales, sino también la responsabilidad administrativa del Estado, en virtud de daños antijurídicos que le sean imputables frente a los litigantes y otros. Todo esto derivado del acentuado intervencionismo en la actividad para confeccionar las listas, para designar a los auxiliares de la justicia y para controlarlos estrictamente en el cumplimiento de sus deberes. En el *sub-lite* no se probó que el daño sobre el cual se pretende el resarcimiento hubiese sido producto de una falla en la prestación del servicio de justicia.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Santafé de Bogotá, D. C., ocho (8) de noviembre de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Dr. Daniel Suárez Hernández*

Referencia: Expediente No. 6380. Actor: Ricardo Alberto Rivera Medina.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte actora, contra la sentencia de fecha 4 de septiembre de 1990, proferida por el Tribunal Administrativo del Cesar, mediante la cual se dispuso:

“PRIMERO.— Denegar las súplicas de la demanda.

“SEGUNDO.— Condenar en costas al actor, señor Ricardo Alberto Rivera Medina. Tásense”. (fl. 113).

I.— ANTECEDENTES

El señor Ricardo Alberto Rivera Medina, por medio de apoderado judicial, demandó ante el Tribunal del Cesar en acción de Reparación Directa y Cumplimiento a la Nación—Ministerio de Justicia para que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

“PRIMERA.— Que la Nación Colombiana (Ministerio de Justicia) es responsable de los daños y perjuicios que se le ocasionaron a mi poderdante como consecuencia de la venta en pública subasta del inmueble denominado ‘EL IMPULSO’, adquirido por RICARDO ALBERTO RIVERA MEDINA, cuyas mejoras implantadas sobre el inmueble fueron destruidas por falta de vigilancia y custodia del citado inmueble, el cual se encontraba secuestrado por el Juzgado Primero Civil del Circuito.

“SEGUNDA.— En consecuencia, se condene a la Nación a reconocer y a pagar las cuantías por daños, así:

“A RICARDO ALBERTO RIVERA MEDINA, por daños y perjuicios patrimoniales por concepto de daño emergente y lucro cesante la suma de veinte millones de pesos (\$ 20'000.000.00) o la cantidad que resulte probada en el proceso, más los intereses compensatorios de lo que sume, desde la fecha en que el daño se produjo hasta la fijación de la indemnización, en la cuantía que se demuestre en el curso de proceso.

“TERCERA.— Ordenar que las sumas a que ascienda la condena impuesta a la entidad demandada, se ajuste su valor al momento del pago teniendo en cuenta los índices de precios al consumidor de conformidad con Certificación que al efecto expida el DANE”. (Fls. 22 y 23).

Como HECHOS fundamentales de las anteriores pretensiones el demandante cita los siguientes:

“PRIMERO.— Ante el Juzgado Primero Civil del Circuito de esta ciudad se inició y tramitó hasta su culminación el Proceso Ejecutivo de Mayor Cuantía de la Sociedad Servicios Agrícolas Limitada ‘SALA’ contra CARLOS PORTO MANJARREZ, iniciado mediante auto de diciembre 6 de 1982.

“SEGUNDO.— Dentro del proceso se ordenó la diligencia de embargo y secuestro de la finca denominada ‘EL IMPULSO’, ubicada en la jurisdicción del Municipio de Bosconia (Cesar) con un área de sesenta y un

hectáreas (61 Has.) y alinderada de la siugijente manera: ...". (ver folio 17).

"El día 4 de Agosto de 1984 se practicó la diligencia de secuestro del predio 'EL IMPULSO', según acta de la diligencia y secuestro". Dicha diligencia se aprecia al folio 17 de expediente como numeral tercero.

"CUARTO.— El inmueble anteriormente descrito fue avaluado por los peritos MANUEL DE J. ORTEGA y LUIS EDUARDO GAMEZ, quienes describieron y avaluaron el inmueble de la siguiente manera:

".....
(Ver folio 18).

"QUINTO.— Una vez que fué aprobado el avalúo anterior el Juzgado Primero Civil del Circuito ordenó mediante auto de Diciembre 2 de 1985 el remate del inmueble que se encontraba embargado y secuestrado; a la diligencia de remate concurrió mi mandante RICARDO ALBERTO RIVERA MEDINA, quien hizo postura por el inmueble materia de la subasta ofreciendo la suma de cuatro millones doscientos setenta mil pesos (\$4'270.000.00) ... En vista de que sólo fué el único postor, el Juzgado le adjudicó el inmueble el día 28 de enero de 1986, mediante auto de febrero 10 de 1986 el Juzgado profirió el auto en el sentido de aprobar el remate previa consignación que había realizado RICARDO ALBERTO RIVERA MEDINA para completar el valor del remate.

"SEXTO.— Antes de quedar ejecutoriado el auto de febrero 10 de 1986, mi mandante impetró la nulidad del remate por haber establecido que el predio objeto del remate tenía una doble titulación, este incidente de nulidad fué fallado por el Tribunal Superior de Valledupar aprobando la diligencia del remate.

"SEPTIMO.— Al haber aprobado el remate mi mandante exigió la entrega del inmueble en curso, el cual se encontraba secuestrado y bajo la custodia del secuestre JUAN RAMON USTARIZ, cuyo nombramiento se hizo mediante auto de julio 3 de 1984 y posesionado en la diligencia de secuestro el día 4 de agosto de 1984, en la citada acta de secuestro el secuestre dejó al señor WILLIAM RAFAEL DIAZ MEDINA en calidad de depositario del predio 'EL IMPULSO'. Desde esa fecha hasta la diligencia de entrega practicada por el señor Juez Primero Civil del Circuito no aparecen constancias de la administración del predio ante la negativa de no poder hacer la entrega el secuestre JUAN RAMON USTARIZ; mi mandante RICARDO ALBERTO RIVERA MEDINA exigió al Juzgado Primero Civil del Circuito la entrega del inmueble rematado.

“OCTAVO.— Practicada la diligencia de entrega la sorpresa de mi mandante fue mayúscula, por cuanto el inmueble que remató, el que él conocía, el que estaba descrito en la diligencia de secuestro, en la diligencia de avalúo, al recibirse solamente se encontró un predio sin las mejoras, que constituye la infraestructura física de la finca conocida ‘EL IMPULSO’. Las mejoras descritas en la diligencia de secuestro ya no existían al momento de la diligencia de entrega, habían desaparecido la casa de habitación, la bodega de almacenamiento, el campamento construído, el cerco circundante de alambre de púa y postes de madera no estaban, es decir, no se encontró ninguna de las mejoras descritas en la diligencia de secuestro y la de avalúo.

“El inmueble se recibió el 23 de junio de 1987; en esta diligencia, tanto el despacho como el apoderado de la parte rematante dejaron constancia del estado en que se recibió el inmueble...”. Dichas constancias se encuentran visibles a los folios 20 y 21.

“NOVENO.— Al recibir mi mandante el inmueble sin las mejoras implantadas, las cuales fueron destruídas estando bajo la custodia del secuestre JUAN RAMON USTARIZ, el cual debía entregar la finca en el estado que fué recibida en la diligencia de secuestro, mi mandante desconoce quién o quiénes hayan destruído la finca, pero lo cierto es que la administración de justicia tiene comprometida su responsabilidad al haber designado en el cargo de secuestre y haber dado posesión, ya que con oficios públicos, que deben cumplirse con la diligencia y cuidado que le son asignados en las funciones del cargo, al haber omitido la diligencia de vigilancia y cuidado del inmueble que le fue entregado en custodia se ocasionaron los daños, que se traducen en perjuicios que a continuación detallo:... (ver folios 21 y ss.).

Mediante auto de 10 de julio de 1989, (fl. 27) el Tribunal Administrativo del Cesar ADMITIO la demanda y ordenó notificar al señor Ministro de Justicia y el señor Agente del Ministerio Público.

Por auto de 14 de diciembre de 1989, (fl. 40) se abrió el proceso a pruebas, las cuales fueron evacuadas.

En su momento procesal oportuno para presentar alegatos de conclusión, únicamente el apoderado del actor lo hizo el cual se encuentra visible a folios 93 a 96, en donde una vez más solicita se condene a la Nación Colombiana por las pretensiones expuestas. La señora Fiscal Primera del Tribunal Superior en su vista de fondo solicitó a la Sala se declarará inhabilitada para fallar en el fondo del asunto (fls. 87 a 92).

II.- LA SENTENCIA APELADA:

Surtidos los trámites legales de la primera instancia, el Tribunal del Cesar con su sentencia declaró “Denegar las súplicas de la demanda” y “Condenar en costas al actor...”. Fundamentó su decisión en los siguientes términos:

“La responsabilidad directa del Estado por fallas del servicio ha sido estudiada por el Consejo de Estado en numerosos y recientes fallos que puede decirse constituye doctrina uniforme y repetida.

“En el campo de la administración la responsabilidad es directa y hay lugar por lo tanto a distinguir entre los órganos a través de los cuales manifiesta la voluntad del Estado y los agentes que ejecutaron su voluntad.

“Bien sabemos que el estado debe procurar la realización del bien común, principio consagrado en el artículo 16 de la Constitución por ello dispone los llamados servicios públicos.

“Si como consecuencia de un mal funcionamiento del servicio de un no funcionamiento o de un funcionamiento tardío del mismo, ocurre un daño o una lesión, el Estado es responsable y por tanto debe indemnizar los perjuicios ocasionados y esto con prescindencia de la culpa personal del agente encargado de la prestación del servicio; pues bien sea que aquel aparezca o no como responsable del hecho dañoso la administración deberá responder cuando el daño se ha causado como consecuencia de la falla del servicio que estaba obligado a prestar, por cuanto repetimos esa responsabilidad se origina en el deber primario del Estado de suministrar a los asociados los medios conducentes a la efectividad de sus derechos o a la consecución de sus funciones; es decir, a la realización del bien común.

“De lo anterior tenemos que la administración deberá responder cuando se pruebe alguna deficiencia en el desarrollo del servicio. Por lo tanto, si el ejercicio de la función no implica ninguna deficiencia o irregularidad no habrá responsabilidad.

“Para que se pueda declarar la responsabilidad extracontractual por falla del servicio se requiere la existencia de tres elementos que son: a) Una actuación de la administración, b) Un daño o perjuicio y c) Un nexo causal entre el daño y la actuación.

“Veamos pues si en autos se configura la falla del servicio en la actuación de la administración de justicia alegada por el actor.

“A) ACTUACION DE LA ADMINISTRACION: Se requiere que la actuación de la administración de justicia haya sido irregular en la prestación del servicio. Bien sabemos que la administración de justicia es un servicio público que como tal debe ser prestado en forma oportuna, eficiente, etc.

“Pero ocurre que en el caso *sub-judice*, la actividad jurisdiccional actuó conforme con lo dispuesto en la ley, tal como se puede apreciar en la prueba documental que obra en el expediente y en los anexos que conforman el mismo.

“En efecto, se estableció que en el Juzgado Primero Civil del Circuito se inició y culminó un proceso ejecutivo de mayor cuantía siendo demandante la Sociedad Servicio Agrícola Limitada ‘Sala’ contra CARLOS PORTO MANJARREZ.

“En el curso del proceso se cumplieron uno a uno los trámites señalados por la ley.

“Así, se libró el mandamiento ejecutivo, se surtieron las notificaciones, se decretó el embargo como medida previa del predio denominado ‘El Impulso’, se practicó el secuestro, designándose como secuestre al señor Juan Ramón Ustariz, se dictó la sentencia de rigor, se surtió el grado de consulta ante el respectivo superior, se hizo el avalúo del inmueble en la suma de dos millones ciento noventa mil setecientos cincuenta pesos (\$2.190.750.00), (siendo coincidentalmente uno de los peritos que efectuó en esta Corporación el dictamen solicitado por el actor), se liquidó el crédito, se efectuó el remate, siendo adquirido por el señor Ricardo Alberto Rivera Medina por medio de su apoderado Wilson Cohen Ariza; se aprobó el remate y se ordenó la entrega del inmueble.

“Así mismo, se pudo observar que el Juzgado Primero Civil del Circuito tramitó y decidió los incidentes planteados por las partes; así como el Tribunal Superior del Distrito Judicial, decidió en su oportunidad los recursos interpuestos.

“Se observó igualmente que en el referido proceso no se impugnó el nombramiento del secuestre señor Juan Ramón Ustariz, quién tendría la custodia del inmueble ‘El Impulso’.

“Lo hasta aquí expuesto demuestra claramente que el Juzgado Primero Civil del Circuito de este Distrito Judicial actuó en forma eficiente, regular, ciñéndose en todo el rigorismo legal.

“B) DAÑO O PERJUICIO: Para que la persona pública sea responsable, se requiere que con su actuación haya lesionado un derecho de un particular.

“Según las pruebas documentales que integran el informativo se constató que el señor Ricardo Alberto Medina sufrió un perjuicio.

“En efecto, el señor Ricardo Alberto Rivera Medina adquirió por pública subasta en el Juzgado Primero Civil del Circuito de este Distrito, el predio denominado ‘El Impulso’ por un valor de cuatro millones doscientos setenta mil pesos (\$4'270.000.00), inmueble éste ubicado en el Municipio de Bosconia (v. f. 6).

“El mencionado inmueble se encontraba bajo la custodia del señor JUAN RAMON USTARIZ, quien había sido designado secuestre del mencionado predio por el Juzgado Primero Civil del Circuito.

“Según la diligencia de secuestro, se pudo establecer que en el inmueble ‘El Impulso’ se encontraban unas mejoras, entre ellas una casa de habitación con paredes de tablas y techo de zinc y otra parte de eternit, una sala comedor, baño interno enchapado, media casa con corredor construido en material a un metro de altura cerrado en anjeo, piso de ladrillo pintado de rojo y piso de cemento una parte, una cocina de material empañotada, piso de cemento, techo de eternit, una pieza de material techo de eternit piso de cemento que sirve para guardar herramienta, un baño inodoro para los trabajadores con sus respectivos lavaderos, y una alberca de material, techo de eternit; una casa construida en bloque, techo de eternit, piso de cemento que se usa como bodega.

“El secuestre recibió a entera satisfacción el predio ‘El Impulso’ con sus mejoras locativas, tal como se puede observar en la fotocopia auténtica visible al folio 15; la referida entrega se efectuó por la señora Jueza Leda Rosa Mejía, el día cuatro (4) de agosto de mil novecientos ochenta y cuatro (1984), según comisión que para el efecto le hiciera el Juzgado Primero Civil del Circuito del Distrito de Valledupar.

“Mejoras éstas que no existían al momento de la diligencia de entrega, al adquirente, tal como se puede apreciar en la fotocopia auténtica visible a folio 9 y que este Tribunal pudo constatar con la diligencia de inspección judicial realizada al mencionado predio, el día nueve (9) de febrero del corriente año y visible a folio 67.

“Se pudo establecer el perjuicio material sufrido por el actor en la diligencia relacionada anteriormente, con el dictamen pericial que obra a folios 74 y 75 y con los testimonios de los señores Orlando Rodolfo Castilla Pumarejo, Gustavo Elías Moscote Yaduro y Aristóbulo Rodríguez, quienes hacen una relación de las mejoras realizadas en ‘El Impulso’. (v. f. 53 a 60).

“Sufrió pues un perjuicio el actor, en virtud de que no existían unas instalaciones locativas que estaban debidamente relacionadas en el momento de la adquisición del predio.

“C) RELACION DE CAUSALIDAD: Elemento éste fundamental para la configuración de la falla del servicio, pues se requiere que la administración de justicia haya actuado en forma irregular, produciendo el daño como consecuencia de la deficiencia en el servicio.

“Al analizar el primer elemento decíamos que no hubo actuación irregular, por parte del Juzgado Primero Civil del Circuito, mientras que el segundo elemento o sea el daño o perjuicio sufrido por el actor se probó fehacientemente.

“Se pudo establecer que el perjuicio sufrido en el inmueble se produjo cuando éste se encontraba en el poder del secuestre JUAN RAMON USTARIZ.

“Llegamos a tal conclusión luego de efectuar un cotejo entre las diferentes diligencias que conforman el expediente así:

“En diligencia de secuestro visible a folio 9, realizada por el Juzgado de Bosconia, y la diligencia de entrega efectuada por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Valledupar folio 15.

“Nos preguntamos entonces, si el predio se encontraba bajo la custodia y guarda del secuestre y durante este término se ocasiona un deterioro deberá la administración de justicia responder por los daños ocasionados.

“Definitivamente no, porque de conformidad con las diferentes normas que consagran y regulan la Institución del secuestre, se deduca claramente que este no es un funcionario público, sino que es un colaborador de la justicia, y que junto con los peritos se encuentra dentro de los ‘auxiliares de la justicia’.

“El decreto 2224 de 1969 y el artículo 2o. del decreto 2265 de este mismo año, reglamentó lo concerniente a los secuestres, en sus artículos 1o. a 11. Así mismo en el Código de Procedimiento Civil anterior y en el vigente otorga facultad al Juez para que designe los auxiliares, que para el caso de estudio es el secuestre que debe ser persona capaz, imparcial y que debe prestar una caución para desempeñar el cargo.

“Esas personas tienen una serie de obligaciones consignadas en los artículos 683 y 688 del Código de Procedimiento Civil. Una de las obligaciones es la entrega del bien.

“No hay duda pues que el secuestre es un depositario judicial, pues es un verdadero contrato de depósito el que se realiza con el secuestre, así lo enseña claramente el Código Civil en el libro 4o., título XXXI, artículo 2236 que lo define así:

“Llámase en general depósito el contrato en que se confía una cosa corporal a una persona que se encarga de guardarle y restituirla en especie.

“La cosa depositada se llama también depósito”.

“En el 2239 ibídem señala las clases de depósito así:

“El depósito es de dos maneras, depósito propiamente dicho y secuestro”.

“Y ya en forma específica en el mismo título, capítulo III establece cuales son las obligaciones del secuestre como guardador de la cosa.

“Cuando se trata de secuestro de bienes inmuebles la ley equipara el secuestre al mandatario y éste tendrá los mismos deberes y obligaciones y una de sus principales obligaciones será la rendición de cuentas al adjudicatario.

“Luego entonces, no hay duda alguna que el secuestre responde personalmente por los daños que se puedan ocasionar a un bien en depósito y no podemos endilgar una responsabilidad a la administración de justicia por los actos de los secuestres, porque como afirmamos anteriormente, ellos no son funcionarios públicos y tienen una serie de obligaciones y derechos señalados por la ley.

“Por lo tanto no se configura la falla del servicio alegada por el actor y en consecuencia serán negadas las súplicas de la demanda y condenado en costas el actor”. (Fls. 108 a 113).

Inconforme con la decisión anterior el apoderado de la parte actora, apeló y fundamentó su inconformidad en los siguientes términos:

“... La administración de justicia es un servicio público a cargo de la Nación, este servicio se presta a través de unos funcionarios, los que a su vez y ante la falta de medios adecuados para un mejor servicio, debidamente facultados por la ley, nombran unos auxiliares para prestar ese servicio; esos auxiliares si bien es cierto no son funcionarios públicos, están prestando un servicio público (custodia de bienes embargados para el presente caso), los cuales tienen una vinculación originada en la ley, ni siquiera contractual, lo que implica que es la administración la

que está actuando como en el caso a que se refiere la jurisprudencia citada. Analizado el punto anterior vemos que así como la administración actúa a través del contratista (que es un particular), también lo hace a través del auxiliar de la justicia (que es otro particular), y si una falla o el servicio del primero compromete la responsabilidad del Estado, porqué una falla o mal servicio del segundo no puede comprometer esa misma responsabilidad.

“Para concluir debe manifestarse que para el recurrente no hay la menor duda en que cualquier acto de mala o deficiente administración de los bienes confiados en custodia a un auxiliar de la justicia, compromete la responsabilidad del Estado, dado que por el hecho de que el servicio pueda estar transitoriamente en manos de un particular, ello no demerita ni le quita a ese servicio la calidad de público.

“Echas las precisiones anteriores necesariamente hay que volver a retomar los elementos enunciados en la providencia cuestionada, para que se configure la falla del servicio, estos son:

“a) ACTUACION DE LA ADMINISTRACION

“En el análisis descriptivo narrativo se deja entrever en la providencia del 4 de septiembre de 1990, que el Juzgado Primero Civil del Circuito actuó en forma eficiente regular y sujetado a los ritos procesales; a pesar de que no se trata de cuestionar en este proceso los actos procesales y las providencias del señor Juez, que ventiló el proceso ejecutivo, sí existen algunas irregularidades como son: la no fijación de la caución que debía prestar el secuestre JUAN RAMON USTARIZ. No es objeto de este proceso los citados errores, sino de demostrar una falla objetiva en lo que concierne a las actuaciones administrativas, para que el servicio público sea eficiente a cargo de los agentes encargados de prestar el mismo.

“Al producirse la diligencia de secuestro, la administración pública asumió un servicio público y entregó la custodia de los bienes a su agente, el cual a pesar, de tener la custodia, vigilancia y cuidado, no actuó en forma prudente; ya no es la persona particular la que actúa, sino la administración que actúa a través del mismo, y si ésta actuación del agente era deficiente e irregular es de lógica que la administración pública está actuando irregularmente, está prestando un servicio deficiente y causando un perjuicio a un particular.

“b) DAÑO O PERJUICIO:

“La actuación omisiva del secuestre, que es la misma de la administración pública, fué deficiente, irregular a pesar de que estaba en la obliga-

ción de vigilar, cuidar, administrar; no cumplió con sus funciones: de lógica la prestación del servicio público fué deficiente e irregular y se causó el daño como se estableció con la diligencia de inspección judicial practicada dentro del proceso con el acta de entrega del inmueble al propietario del mismo.

“c) RELACION DE CAUSALIDAD:

“Como habíamos establecido en este alegato anteriormente, que los agentes de la administración pública cuando actúan en función de ella, ya sea por acción o por omisión comprometen la responsabilidad de la misma, por cuanto estos agentes actúan a través de ésta, siendo esto así, no hay duda que este elemento está acreditado en la falta de vigilancia y cuidado que debía tener el secuestre JUAN RAMON USTARIZ, sobre el predio ‘El Impulso’, vigilancia que cesaba hasta que se produjera la entrega del inmueble a RICARDO ALBERTO RIVERA MEDINA, como efectivamente sucedió, pero que al producirse la misma, se recibió un inmueble todo destruído, lo cual originó esta acción, se dejó la constancia del caso en la citada diligencia de las condiciones en que se recibía, por existir un daño o perjuicio sufrido por mi mandante, el perjuicio se produjo estando el inmueble bajo la custodia del secuestre JUAN RAMON USTARIZ en el período comprendido entre la diligencia de secuestro y la diligencia de entrega y bajo la responsabilidad del agente de la administración.

“Visto lo anterior tengo que concluir que sí existe la relación de causalidad entre la actuación de la administración y el daño ocasionado al inmueble de propiedad de RICARDO ALBERTO RIVERA MEDINA, por la falta de vigilancia, cuidado y la falta de eficiencia del agente de la administración, cuya conducta compromete la de la administración pública, ya que la misma tenía la obligación de prestar en forma eficiente el servicio público, por así ordenarse la ley”. (fls. 119 a 121).

Durante el traslado de la segunda instancia las partes guardaron silencio, el Fiscal Décimo del Consejo de Estado, en su concepto de fondo solicita a la Sala, la confirmación de la sentencia apelada.

III.— CONSIDERACION DE LA SALA:

La Sala confirmará la decisión absolutoria tomada por el *a-quo*, aunque hará algunas precisiones de carácter doctrinal que considera indispensables, para una mejor comprensión del problema genéricamente aquí debatido.

El juzgador de primera instancia, como atrás quedó consignado, hace un recuento, acertado, de lo que la jurisprudencia administrativa ha entendi-

do como fundamento de la responsabilidad extracontractual del Estado; de igual manera, hace un análisis detallado de lo que ocurrió a lo largo del proceso ejecutivo tramitado ante el Juzgado Primero Civil del Circuito de Valledupar, todo para concluir que no puede acceder a lo pretendido por la parte actora en este proceso, por cuanto “de conformidad con las diferentes normas que consagran y regulan la institución del secuestre, se deduce claramente que éste no es un funcionario público, sino que es un colaborador de la justicia, y que junto con los peritos se encuentra dentro de los ‘auxiliares de la justicia’”. Prosigue el *a-quo*, para recordar la normatividad que rige la materia de los auxiliares de la justicia e insistir en que éstos tienen una serie de obligaciones y que en el caso de los secuestres se tipifica un verdadero contrato de depósito, por lo que “el secuestre responde personalmente por los daños que se pueden ocasionar a un bien dado en depósito y no podemos endilgar una responsabilidad a la Administración de justicia por los actos de los secuestres, porque como afirmamos anteriormente, ellos no son funcionarios públicos y tienen una serie de obligaciones y derechos señalados por la Ley”. (Fl. 113).

La Sala encuentra dos etapas bien diferentes para el manejo de la eventual responsabilidad administrativa del Estado, originada en el incumplimiento o cumplimiento deficiente de los deberes adscritos a los auxiliares o colaboradores de la justicia. En efecto, antes del advenimiento de los Decretos Nros. 2204 de 1969 y 2265 del mismo año, cuando la administración de justicia, a través del juez, era quien *designaba libremente* a dichos servidores, o cuando menos aceptaba a quien directamente señalaban. Por el contrario, con la vigencia de éstas disposiciones, ratificadas por el Código de Procedimiento Civil de 1970 (Decretos 1400 y 2019) y su mayor reforma introducida por el Decreto 2282 de 1989, se reglamenta, en detalle, la actividad de auxiliares de la justicia y se define que tales cargos “*son oficios públicos que deben ser desempeñados por personas de conducta intachable, excelente reputación, imparcialidad absoluta y total idoneidad...*” (Art. 8 del C. de P. C. de 1970). (Subrayas fuera del texto).

Ya desde el Art. 7 del Decreto 2265 de 1969, se estableció que la designación de auxiliares de la justicia allí mencionados, “se hará siempre por éste —el juez— o por el magistrado sustanciador, según el caso, *dentro de la lista oficial de auxiliares y colaboradores de la justicia*”. La designación de dichos auxiliares será rotatoria (art. 2 *ibidem*). (Se subraya).

En cuanto a la confección de la lista de auxiliares de la justicia el art. 3 del referido Decreto 2265 de 1969 dispuso que “cada dos años, dentro de los últimos quince días del mes de abril, las salas civil, laboral y penal de la Corte Suprema de Justicia, la sala contencioso-administrativa del Consejo de Estado, las salas civiles, laborales y penales de los tribunales administrativos y los juzgados superiores, de menores, del circuito, de trabajo y municipales, publicarán en la secretaría del respectivo despacho la lista oficial de auxilia-

res y colaboradores de la justicia, que permanecerá allí, a la vista del público, durante el correspondiente período legal. Tales listas indicarán singularizadamente los nombres y dirección de las personas que integran el cuerpo oficial de auxiliares de la justicia, así:

“.....

Por su parte, el art. 6o. del Decreto que se acaba de citar, prescribe que durante la segunda quincena del mes de marzo, la Corte Suprema de Justicia y la sala de lo contencioso-administrativa del Consejo de Estado; “... integrarán el cuerpo de auxiliares de la justicia que hayan de servir ante tales corporaciones en las materias que ellas lo estimen necesario en número no menor de veinte por clase y diez por especialidad pericial, seleccionando los nombres dentro de quienes se hayan postulado y teniendo en cuenta la especialidad del cargo”; e igual ordenación contiene el art. 7 ibidem para las demás autoridades judiciales, quienes “seleccionarán las personas que *a su juicio* sean más apropiadas para las funciones correspondientes a cada cargo, dentro de quienes hayan solicitado su inclusión en las listas”. (se subraya ahora).

Las listas agrupadas por cargos y materias, “serán remitidas al procurador del respectivo distrito judicial, quien en el término de diez días *mediante resolución motivada*, indicando las razones de exclusión de nombres, *hará la selección definitiva* para cada sala del tribunal superior, cada tribunal administrativo y cada categoría de juzgado...” (art. 8 ejusdem). (Subraya la Sala).

Cabe resaltar el poder disciplinario que se le adscribe, por el art. 12 del Decreto 2265 de 1969, a las autoridades judiciales para que procedan “de oficio a excluir del cuerpo oficial de auxiliares y colaboradores de la justicia” a quienes allí menciona en once detallados numerales, los que en gracia a la brevedad se omiten transcribir aquí. El art. 13 regula el trámite para la aplicación del poder disciplinario que se acaba de referir.

A partir del art. 15 continúa, el Decreto multicitado, regulando minuciosamente la forma de designar los auxiliares de la justicia, la manera de suplir la falta de listas, los casos en que deba reemplazarse al colaborador y la posibilidad excepcional de designarlos por fuera de las listas oficiales. Después del art. 25 se ocupa dicha normatividad de la remuneración de los auxiliares de la justicia.

El art. 42 del Estatuto en comento, impone a los auxiliares y colaboradores secuestres, las formas de manejo y administración de los bienes a ellos confiados, pero “en todo caso, el depositario, o administrador dará al juzgado informe mensual de su gestión, sin perjuicio del deber de rendición de cuenta que la ley le impone. Por su parte, el art. 43 establece que la violación de cualquiera de los deberes indicados en el art. precedente, “así como el empleo de los bienes o de los productos de ellos o de su enajenación en provecho propio

o de otra persona, y el retardo en su entrega, darán lugar a multa entre..., impuesta por el mismo juez, mediante articulación, sin perjuicio de las restantes sanciones e indemnizaciones a que hubiere lugar”.

Ahora bien, los arts. 8 a 11, del C. de P. C., de 1970, repiten sintéticamente lo prescrito por el Decreto 2265 de 1969, aunque en el título XXXV del Libro 4o., al regular los embargos y secuestros detalla las funciones del secuestro y la obligación de “prestar la caución que el juez le fije una vez practicado el secuestro, y si no lo hace en el término que se le señale, será removido”. (art. 683 inc. 3 del C. de P. C.).

El reciente Decreto 2282 de 1989, precisamente comienza por introducir modificaciones y ajustes al original Código de Procedimiento Civil de 1970, en materia relacionada con auxiliares de la justicia. Así, el art. 1 numeral 1o. modifica el art. 8o. del Código y reitera que los cargos de auxiliares de la justicia “son oficios públicos que deben ser desempeñados por personas idóneas, de conducta intachable, excelente reputación e incuestionable imparcialidad...”. Ese mismo art. 1 numeral 2o. del nuevo Decreto modifica el art. 9 del Código al insistir en que la designación de los auxiliares de la justicia “se hará..., de la lista oficial de auxiliares de la justicia, ...”. El numeral 3o. del art. 1 reformativo del art. 10 del Código, después de reiterar lo atinente a la custodia, manejo de dineros y demás bienes, trae innovación en cuanto a que en cabeceras de distrito y ciudades de más de 200.000 habitantes “solamente podrán designarse como secuestres, personas jurídicas o naturales *que obtengan licencia expedida por la autoridad que determine el correspondiente decreto reglamentario*, previa comprobación de que disponen, en propiedad o arrendamiento, de bodega que ofrezca suficiente seguridad, y que presenten póliza de seguro de incendio, hurto y cumplimiento por la cuantía y con las condiciones que se establezcan por dicho decreto. (Subraya la Sala).

“Las licencias deberán renovarse cada año, previo reajuste del valor del seguro, y podrán ser canceladas por el mismo funcionario en caso de incumplimiento de los deberes que la ley impone a los secuestres.

“.....”.

Las disposiciones citadas y que parcialmente se transcriben, ponen de relieve el marcado intervencionismo que el Estado ha querido tener en los aspectos relacionados con el llamamiento, inscripción, selección, designación, control y sanción de los auxiliares de la justicia, que realizan OFICIOS PUBLICOS y, por lo mismo, deberán ser “desempeñados por personas idóneas, de conducta intachable, excelente reputación e incuestionable imparcialidad”.

Ocurre que el pretérito criterio del derecho administrativo, consistente en que éste solamente se ocupaba de las conductas de funcionarios y emplea-

dos de la administración, viene desapareciendo acentuadamente abriéndole paso a la teoría de que *las entidades privadas y personas naturales particulares, pueden también cumplir o desempeñar funciones administrativas u oficios públicos* (art. 1 Decreto 01 de 1984). Al mismo tiempo se ha hecho claridad en que la “jurisdicción del contencioso administrativo está constituida por la Constitución *para juzgar las controversias y litigios administrativos originados en la actividad de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñan funciones administrativas...*” (art. 82 Decreto 01 de 1984, modificado por el art. 12 del Decreto 2304 de 1989). (Subraya la Sala).

Adicionalmente, observa la Sala que el segundo inciso del art. 2o. de nuestra nueva Carta Política, recalca lo que estatuyó el art. 16 de la Constitución de 1886, al prescribir que: “Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”. Esto es, que no solamente el Estado, sino también los particulares tienen deberes sociales que cumplir, para de esta manera lograr los fines esenciales de la comunidad derivadas no solamente de la relación individuo— Estado, sino también sociedad—Estado, idea que vuelve a consagrarse en el art. 95 del nuevo texto Constitucional cuando enlista como deberes de la persona y el ciudadano el de: “7. colaborar para el buen funcionamiento de la administración de justicia”.

Así las cosas, la actividad judicial de los auxiliares de la justicia, en detrimento de los deberes que la constitución y las leyes les impone, bien puede llegar a comprometer, por acción u omisión, no solamente su responsabilidad personal y patrimonial de tales servidores públicos ocasionales, sino también la responsabilidad administrativa del Estado, en virtud de daños antijurídicos que le sean imputables frente a los litigantes y otros. Todo esto derivado del acentuado intervencionismo en la actividad para confeccionar las listas, para designar a los auxiliares de la justicia y para controlarlos estrictamente en el cumplimiento de sus deberes. Claro está, que “En el evento de ser condenado el estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, —así lo sea transitoriamente— aquél deberá repetir contra éste”, según claras voces del art. 90 Constitución Nacional.

En el *sub-lite*, la parte actora no demostró, ni por asomo, que la administración de justicia, como parte del Estado, hubiese infringido los deberes judiciales adscritos por la Constitución y la Ley, circunstancia que exonera de seguir estudiando los demás elementos estructurales de la responsabilidad administrativa. En otros términos, no se probó que el daño sobre el cual se pretende el resarcimiento hubiese sido producto de una falla en la prestación del servicio de justicia. Recuérdese que el aquí demandante alegó su calidad de rematante dentro del proceso ejecutivo tramitado en el Juzgado Primero

SECCION TERCERA

Civil del Circuito de Valledupar, que concurrió al remate del inmueble finalmente adjudicado a él, sin observaciones o protesta alguna sobre el estado de conservación del bien subastado, adquiriéndola por consiguiente tal cual se encontraba al momento del almoneda. Sin embargo, hoy reclama con base en una diligencia de secuestro anterior a su derecho.

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:

CONFIRMASE en todas sus partes la sentencia apelada, esto es la de 4 de septiembre de 1990, proferida por el Tribunal Administrativo del Cesar.

COPIESE, NOTIFIQUESE y DEVUELVA al expediente al Tribunal de origen.

Esta providencia fué discutida y aprobada por la Sala en sesión de fecha siete (7) de noviembre de mil novecientos noventa y uno (1991).

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

REVOCAION DIRECTA DEL ACTO

La revocacion directa no es un recurso ni ordinario ni extraordinario sino "el retiro unilateral de un acto válido y eficaz por motivo sobreviniente, o de un acto irregular". La revocación es realmente una manifestación del poder del Estado. Por no ser un recurso, se explica que ella pueda decretarse de oficio, y en cualquier tiempo, en relación con providencias o actos en firme, o que se hallen sometidos al control de los tribunales contencioso-administrativos, siempre que en este último evento no se haya dictado auto admisorio de la demanda.

PRINCIPIO DE EFECTIVIDAD DE LOS DERECHOS SUSTANTIVOS/ PREVALENCIA DEL DERECHO SUSTANCIAL/PRINCIPIO DE EQUIDAD

La aplicación de la prevalencia del derecho sustancial y el principio de la equidad demandan una ponderada valoración de todas las circunstancias del caso, pues so pretexto de hacer prevalecer lo sustancial no puede ser posible aceptar que el demandante, en lugar de poner en marcha la acción que corresponda, ejercite la que no es, para hacer valer su derecho subjetivo. El mandato constitucional no se podrá convertir, en la práctica, en herramienta que obligue al sentenciador a jugar el papel de parte y de juez. La equidad, criterio auxiliar de la actividad judicial, puede aplicarse cuando una ley justa, en términos generales, al ser aplicada al caso concreto, produciría efectos injustos, y notoriamente indebidos.

ACCION DE REPARACION DIRECTA—Improcedencia/ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO/AERONAVEGABILIDAD/CONSEJO NACIONAL DE ESTUPEFACIENTES

La resolución del Consejo Nacional de Estupeficientes que ordenó la suspensión del certificado de aeronavegabilidad, fué revocado posteriormente. Así las cosas, no podía el demandante poner en marcha la acción de reparación directa, sino la de restablecimiento del derecho. Como así no lo hizo, deviene un fallo inhibitorio. REITERACION JURISPRUDENCIAL: Sent. oct. 24/91, exp. 6264, actor: William Fuentes Lacouture: sent. mayo 24/91, exp. 6299, actor: Guillermo Benito Vallejo.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Santafé de Bogotá, D. C., noviembre catorce (14) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Dr. Julio César Uribe Acosta.*

Referencia: Expediente Nro. 6293. Actor: Sociedad "Aerotaxi Casanare Aerotaca S. A.". 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 recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte actora, contra la sentencia calendada el día primero (1o.) de marzo de mil novecientos noventa (1990), proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que denegó 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, generales y particulares del caso, se transcribe a continuación lo pertinente del fallo, en el cual se discurre dentro del siguiente universo:

"La Sociedad AEROTAXI CASANARE AEROTACA S. A., por intermedio de apoderado y en ejercicio de la acción de reparación directa y cumplimiento consagrada en el artículo 86 del C.C.A., presentó demanda en este Tribunal para que, previo el trámite previsto en los artículos 217 y siguientes del mencionado Código, se hagan las siguientes o semejantes declaraciones:

"PRIMERA.— Que se declare que al haberse suspendido por el Consejo Nacional de Estupeficientes el certificado de aeronavegabilidad corres-

pondiente a la aeronave de matrícula HK-2899P ó HK-2899 afiliada a la empresa AEROTAXI CASANARE—AEROTACA S. A. antes AEROTACA LTDA., se incurrió en violación de la Constitución y de la ley, y en responsabilidad del Estado por falla en el servicio.

“SEGUNDA.— Que se declare como consecuencia, que la Nación Colombiana (Ministerio de Justicia) es responsable de todos los perjuicios materiales y morales causados a la empresa demandante, con ocasión de aquella suspensión del permiso de aeronavegabilidad correspondiente a la avioneta HK-2899, modelo U 206G Serie CU20 60 6670.

“TERCERA.— Que como consecuencia de las declaraciones precedentes, se indemnice plenamente a AEROTAXI CASANARE—AEROTACA S. A. antes AEROTACA LTDA., condenándose a la Nación Colombiana (Ministerio de Justicia) a hacer el correspondiente pago a la actora en su calidad de propietaria y explotadora de la mencionada aeronave, de todos los perjuicios ocasionados a raíz de la suspensión en las operaciones de la nave, durante el período comprendido entre el 12 de julio de 1985 y el 31 de diciembre del mismo año. El monto de la condena ganará intereses comerciales durante los seis meses siguientes a la ejecutoria, y monetarios (sic) vencido este plazo, hasta cuando se produzca el pago efectivo, con los reajustes o corrección monetaria previstos en el Artículo 178 del C.C.A.

“CUARTA.— Que si por cualquier circunstancia no pudiere obtenerse dentro del juicio la liquidación de los perjuicios solicitados, esa regulación se haga según lo preceptuado en el Artículo 172 del C.C.A.”.

“La demanda se sustenta en los siguientes fundamentos de hecho:

“1. AEROTAXI CASANARE—AEROTACA S. A. antes AEROTAXI CASANARE LIMITADA (sic), es una social (sic) comercial con domicilio en Yopal (Casanare) legalmente establecida en Colombia, cuyo objeto social es la explotación del transporte público aéreo como empresa de Taxi Aéreo en el territorio nacional.

“2. Por escritura pública número cinco mil ciento setenta y tres (5.173), otorgada en la Notaría Segunda del Círculo de Bogotá, el cuatro (4) de diciembre de mil novecientos sesenta y cinco (1965), inscrita en la Cámara de Comercio el veintitrés de diciembre de mil novecientos sesenta y cinco (1965) fué constituida esta sociedad, y que de acuerdo con la Escritura 0401 de febrero 17 de 1987 de Notaría 18 de Bogotá se cambió la razón social por AEROTAXI CASANARE —AEROTACA S. A. y ha venido desarrollando sus operaciones cifiéndose al permiso de operaciones expedido por el Departamento Administrativo de Aeronáutica

Civil y conforme a las disposiciones del Código de Comercio y al Manual de Reglamentos Aeronáuticos que regulan la materia.

“3. Por medio del oficio Número 01818 del 31 de mayo de 1985, de la Policía Nacional, Comando Antinarcóticos, se informó al Consejo Nacional de Estupefacientes, sobre la vinculación a este tráfico ilícito, de la aeronave HK-2899) ó P HK-2899, afiliada a la empresa AEROTACA S. A.

“4. Como consecuencia de este inexacto informe el Consejo Nacional de Estupefacientes resolvió ordenar la suspensión del certificado de aeronavegabilidad correspondiente a la aeronave de matrícula HK-2899 P ó HK-2899, mediante la resolución número 0058 del 5 de Julio de 1985.

“5. El 24 de julio de 1985 el Doctor Hugo Nel Ramos Villamil, apoderado de la empresa AEROTACA S. A., presentó solicitud de revocatoria directa de la resolución 0058 mencionada.

“6. El Consejo Nacional de Estupefacientes, mediante resolución número 0117 del 18 de diciembre de 1985 resolvió la solicitud de revocatoria directa favorablemente a las peticiones del recurrente, por considerar que la aeronave HK-2899P ó HK-2899, no había estado vinculada al tráfico de estupefacientes, sino que se había tratado de una aeronave con matrícula suplantada.

“7. La aeronave mencionada permaneció suspendida efectivamente desde el 12 de julio de 1985 hasta el 31 de diciembre del mismo año produciéndose de esta manera grandes perjuicios de orden material, consistentes en daño emergente y lucro cesante, y de orden moral para los propietarios de la aeronave paralizada”.

“En la demanda se presenta un capítulo denominado “Disposiciones violadas y Concepto de la Violación” y en el se hace los planteamientos que se resumen así: 1o.— Violación del artículo 5o. de la ley 58 de 1982, en cuanto, según esa disposición, ante el vacío legal que se presenta con respecto a la norma procedimental que sirve de base y garantía constitucional de los derechos humanos de los presuntos afectados con las sanciones derivadas de las medidas de carácter legislativo encaminadas a poner remedio al tráfico de estupefacientes, es de rigor dar cumplimiento a las normas del nuevo C.C.A. que extiende sus normas de trámite a los procedimientos que se surtan ante organismos del orden nacional, como está previsto en los artículos 1, 3, 28, 34, 35 y 52. Y seguir un camino diferente al previsto en el artículo 5o. de la ley 58 de 1982 “... es incurrir en un error jurídico mayor que contrasta con el fin perseguido por las normas sustantivas que se pretende aplicar en este expediente”. 2o.— Violación del artículo 16 de la Constitución Nacional

en cuanto que la administración no actuó guiada por lo que prevee esa norma — la protección de los legítimos derechos de los residentes en Colombia sino que descuidando ese precepto fundamental ocasionó perjuicios a la demandante al imponérsele una sanción como la que le fué impuesta a una clara deficiencia en la actuación estatal. La responsabilidad que se pretende hacer efectiva es la derivada de la falta o falla en el servicio, consistente en lo siguiente:

“a. Informes errados de la Policía Nacional en relación con la supuesta participación de la Aeronave HK-2899P ó HK-2899 en el tráfico de estupefacientes. Así se vinculó con este ilícito a la mencionada aeronave de propiedad de la Empresa AEROTAXI CASANARE AEROTACA S. A. antes AEROTACA LTDA., con base simplemente en informes de sospecha de la Policía antinarcóticos.

b. Resolución 0058 del 5 de julio de 1985, del Consejo Nacional de Estupefacientes, por medio de la cual se ordenó la suspensión de la aeronave mencionada.

c. Ejecución de esta decisión por parte de la Aeronáutica Civil, mediante operación administrativa que consistió en la paralización de la avioneta HK-2899P ó 2899”. 3o.— Violación del artículo 26 de la Constitución Nacional, en cuanto “... el procedimiento administrativo de índole punitivo que se adelantó en el Consejo Nacional de Estupefacientes, no se dió a AEROTAXI CASANARE—AEROTACA S. A. antes AEROTACA LTDA. la posibilidad de defenderse del informe de la Policía Nacional y se tuvieron en cuenta informaciones de simple sospecha, con lo cual se quebrantó el principio fundamental del debido proceso y aún normas generales de derecho plasmadas en la Declaración Universal como la consistente en la Presunción de inocencia mientras no se demuestre lo contrario”.

“La actora también cita como respaldo al reclamo contenido en la demanda la jurisprudencia del Consejo de Estado contenida en la sentencia de la Sección Tercera de fecha 28 de octubre de 1976, Consejero Ponente Dr. Jorge Valencia Arango, sobre la responsabilidad por falta o falla del servicio, así como la contenida en la sentencia del 8 de mayo de 1987, Consejero Ponente Doctor Simón Rodríguez, Actora: Sociedad TAES LTDA., sobre la prohibición para la administración de adelantar trámites secretos o cuasisecretos en relación con sus actuaciones y sobre la obligación que tiene aquella en el sentido de informar al ciudadano “... sobre las acciones que en la esfera de sus libertades y patrimonio se han de tomar y con su presencia adelantar y culminar la actuación que corresponda”. Así mismo explica la razón por la cual considera que la acción ejercida es la de reparación directa y cumplimiento, señalando que “No se puede intentar demanda de restablecimiento del derecho porque habiendo desaparecido los actos administrativos que

demandan, no se puede ejercitar dicha acción por carencia del requisito fundamental para intentarla, o sea, la existencia de un acto para primero pedir su nulidad y como consecuencia de esa nulidad, el restablecimiento del derecho..." y por cuanto "... existe dificultad para probar la suspensión efectiva de la aeronave, ordenada en cumplimiento de la resolución del Consejo Nacional de Estupefacientes que posteriormente fué revocada, y es por tal dificultad que se intenta la acción prevista en el artículo 86 del C.C.A. antes mencionado".

"La parte demandada —la Nación— estuvo representada por medio de apoderado designado por el Señor Ministro de Justicia. Dicho apoderado constento (sic) la demanda y propuso la excepción de indebida representación de la demandada con el argumento de que el Ministro de Justicia no es el representante de la Nación por, cuanto de una parte, el hecho que produjo el factor determinante de la suspensión de la aeronave fué el informe, resultado de las operaciones de vigilancia y patrullajes adelantados por organismos ajenos al Ministerio de Justicia y, de otra, no existe norma que diga que el Ministro de Justicia sea el representante legal de Consejo de Estupefacientes o que en su calidad de tal represente a la Nación por actos de dicho Consejo.

"Dentro del término del traslado el apoderado de la parte actora presentó alegato de conclusión en el cual reitera algunos de los planteamientos fundamentales de la demanda, señala que los hechos están demostrados en el expediente, analiza la prueba testimonial y la pericial, la configuración de los perjuicios y concluye solicitando que se acceda favorablemente a las súplicas de la demanda.

"El Señor Fiscal Sexto de la Corporación en su concepto de fondo considera que las pretensiones de la demanda están llamadas a no prosperar. Para llegar a esa conclusión el señor Agente del Ministerio Público expresó lo siguiente:

"Por interpretación, entiende el Fiscal 6o., que en el presente caso no se pretende la responsabilidad de la administración frente a un *"acto administrativo"* sobre cuya legalidad en este momento y por la acción ejercida no puede ser discutida; tampoco con relación a un *"hecho"* el cual se define como los acontecimientos u omisiones capaces de producir efectos jurídicos, en cuya realización no influyen de manera inmediata la voluntad o la inteligencia, o como lo ha señalado la jurisprudencia, no son el resultado de un procedimiento legalmente establecido. En consecuencia, la responsabilidad extracontractual del Estado se busca, en relación con una actuación administrativa concluída, alegando *"Falla en el Servicio"*, que la actora, por intermedio de su apoderado, fundamenta en el artículo 16 de la Constitución Nacional, cuya violación hace consistir en los siguientes términos... "mientras de ésta nor-

ma deriva que el hombre deba tener la necesaria protección gubernativa que le permita el desarrollo de sus iniciativas, el libre ejercicio de sus actividades, siempre que sean lícitas, mediante las resoluciones acusadas se privó a la empresa AEROTAXI CASANARE—AEROTACA S. A. antes AEROTACA LTDA., de un derecho que legal y constitucionalmente, tenía, como era el desarrollar su actividad de transporte aéreo, en el caso específico de la aeronave que fué suspendida. Nuestra Constitución consagra una serie de derechos y garantías, los que constituyen el conjunto de limitaciones impuestas al poder público en beneficio de la libertad de los asociados "... (fol. 8 c.p.) y se apoya en jurisprudencia del H. Consejo de Estado, sobre responsabilidad extracontractual del Estado por falla en el servicio.

"En relación con lo anterior, encuentra la Fiscalía de la abundante jurisprudencia sobre responsabilidad del Estado por falla en el servicio, que la obligación que nace para este de reparar los perjuicios causados, surge como consecuencia del no cumplimiento o del defectuoso o tardío cumplimiento de los deberes fundamentales del Estado consagrados en la Constitución y las leyes, en especial del artículo 16 de la Carta. También se presenta y el Estado debe responder por los daños o perjuicios, de acuerdo a la jurisprudencia, cuando éstos se presentan dentro del ejercicio legal por parte de la administración y mediante el empleo de un procedimiento legalmente establecido, no dentro de la denominada "Falla en el Servicio", estructurada sobre la existencia de un hecho dañoso imputado a un ente público o sea cuando la administración mediante hechos positivos o negativos desconoce los derechos de los administrados o deja de proteger o vulnera dichos derechos, la existencia del daño o un perjuicio y la relación de causalidad entre el daño y el hecho, sino por la existencia de la *responsabilidad objetiva o sin culpa*, se causa un *daño especial*, siendo la actividad estatal totalmente legítima.

"Al respecto, en sentencia de octubre 28 de 1976, el H. Consejo de Estado con ponencia del Consejero Dr. Jorge Valencia Arango, que trae en su libro del tratadista Gustavo Humberto Rodríguez "Procesos Contencioso Administrativos" —Parte General, 1986—, se lee lo siguiente:

"... "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 en que tal actividad se desarrolle, causa al administrado un daño especial, anormal, considerable, superior al que normalmente deben sufrir los ciudadanos en razón de la especial naturaleza de los poderes y actuaciones del Estado, rompiéndose así la igualdad de los mismos frente a las cargas públicas, o la equidad que debe reinar entre los sacrificios que imoorta (sic) para los administrados la existencia del Estado".

“Se agregó que esa responsabilidad por daño especial excluye, por incompatibilidad de causa petendi, a la de la falla del servicio”. (Se subraya).

“Dentro de éste contexto y con vista en la acción interpuesta, de “Reparación Directa y Cumplimiento” fundamentada en “Falla en el Servicio”, para el Fiscal 6o. como representante del Ministerio Público en el presente proceso, LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA ESTAN LLAMADAS A NO PROSPERAR”

“Al proceso se le dió trámite legal correspondiente y como no se observa causal alguna de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver, previas las siguientes

“CONSIDERACIONES:

“En ejercicio de la acción de reparación directa y cumplimiento y con apoyo en la tesis de la falla del servicio se pretende la declaratoria de responsabilidad de la Nación por los perjuicios causados a la Empresa Aerotaxi Casanare –Aerotaca S. A. con ocasión de la suspensión del certificado de aeronavegabilidad correspondientes a la aeronave HK–2898P (sic) ó HK–2899 durante el período comprendido entre el 12 de julio y el 31 de julio de 1985.

“Ocurre que el Consejo Nacional de Estupefacientes mediante la Resolución número 0058 del 5 de julio de 1985 ordenó la suspensión del certificado de aeronavegabilidad correspondiente a la aeronave de matrícula HK–2899–P afiliada a la Empresa Aerotaca y dispuso que, de conformidad con lo establecido en el artículo 10 del decreto 1060 de 1984, el Ministerio de Defensa trasladará dicha aeronave a una base militar.

“Pero el mismo Consejo Nacional de Estupefacientes al resolver una solicitud de revocatoria directa del apoderado de Aerotaca S.A. mediante Resolución número 0117 del 18 de diciembre de 1985, resolvió revocar la número 0058 de 1985 y librar las respectivas comunicaciones al Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil y al Ministerio de Defensa Nacional. Para llegar a esa determinación el mencionado organismo tuvo en cuenta un informe de la Policía Antinarcóticos en el sentido de que la aeronave detectada en una pista clandestina de la Región Peruana de Puerto Alegre llevaba matrícula suplantada y que, además se había aportado la relación de actividades de vuelo de la aeronave HK–2898 (sic) que desvirtuaba la posibilidad de que dicha aeronave hubiera viajado al Perú.

“De manera que según la certificación número 098 del 13 de julio de 1987 del Supervisor Material Aeronáutico del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, aportada con la demanda, la aeronave HK-2899 de propiedad de Aerotaca S. A. estuvo suspendida en sus actividades de vuelo entre el 12 de julio y el 30 de diciembre de 1985; conforme a lo dispuesto a las dos mencionadas resoluciones del Consejo Nacional de Estupefacientes.

“Como el apoderado de la Nación propuso la excepción de indebida representación de la demandada, la Sala procede, en primer término, a pronunciarse sobre la misma. Como apoyo de la excepción se aduce que en el presente caso la representación de la Nación no le corresponde al Ministerio de Justicia debido a que el hecho determinante de la suspensión de la aeronave fué el informe producido como resultado de las operaciones de vigilancia y patrullaje adelantados por organismos ajenos al Ministerio de Justicia. Esta excepción no puede prosperar en razón a que, según el artículo 149 del C.C.A., la Nación estará representada en general por la persona de mayor jerarquía en la entidad que expidió el acto o produjo el hecho, y resulta claro que la suspensión del certificado de aeronavegabilidad se produjo en cumplimiento de la orden emanada del Consejo Nacional de Estupefacientes mediante resolución número 0058 de 1985. Y este organismo, como lo admite el excepcionante, desde la vigencia del decreto 1188 de 1974 se encuentra adscrito al Ministerio de Justicia y al Ministro o Viceministro de Justicia lo preside. La circunstancia de que la decisión del Consejo Nacional de Estupefacientes se hubiese adoptado con fundamento en un informe suministrado por autoridades no vinculadas al Ministerio de Justicia no permite llegar a la conclusión en el sentido de que la representación de la Nación corresponda a la persona de mayor jerarquía en la entidad de la cual hagan parte dichas autoridades, pues para esos efectos, según la norma, se debe tener en cuenta que la representación radica en la persona que expide el acto.

“Como ya se anotó, la suspensión de actividades de vuelo de la aeronave HK-2898 (sic) de propiedad de la Sociedad demandante se produjo en cumplimiento de la decisión adoptada por el Consejo Nacional de Estupefacientes mediante la Resolución número 0058 del 5 de julio de 1985.

“De consiguiente, resulta claro que para obtener la indemnización de los perjuicios causados con motivo de la suspensión de actividades de vuelo de dicha aeronave se requería la declaración de nulidad del acto administrativo que adoptó la mencionada decisión, lógicamente, mediante el ejercicio de la acción que el artículo 85 del C.C.A. denominaba de restablecimiento del derecho y que ahora el Decreto 2304 de 1989 llama de nulidad y restablecimiento del derecho.

“Sin embargo, la demandante no ejercitó dicha acción y en forma expresa, en la misma demanda, adujo como razón para no ejercer esa sino la de reparación directa y cumplimiento, la de que el acto administrativo había desaparecido en virtud de la revocación directa adoptada mediante la Resolución número 0117 del 18 de diciembre de 1985 del Consejo Nacional de Estupefacientes.

“Es cierto que cuando se presentó la demanda ya se había producido la revocatoria del acto administrativo que dispuso la cancelación del certificado de aeronavegabilidad, por cuanto aquella se presentó el 22 de julio de 1987 y la Resolución número 0117 que revocó la orden de suspensión es de fecha 18 de diciembre de 1985. Pero es evidente que la imposibilidad de que en ese momento la demandante hubiera ejercido la acción de restablecimiento del derecho no radicaba en la situación jurídica derivada de la desaparición del acto administrativo del ordenamiento jurídico, sino por la razón de que en ese momento se encontraba caducada la acción, como ya se hallaba, inclusive cuando se produjo la revocatoria, pues la notificación de la Resolución número 0058 de 1985 al representante legal de la demandante se hizo el 17 de julio de 1985 y como del texto del acto de revocatoria, así como de documentos que obran en el expediente, se deduce que contra aquella no se interpuso el recurso de reposición que procedía, la conclusión es la de que el acto de revocatoria se expidió cuando ya habían transcurrido más de cuatro meses después de la ejecutoria de aquella. Esto significa que cuando se produjo el acto de revocatoria la demandante ya había perdido la oportunidad de ejercer la acción de restablecimiento del derecho que le hubiere permitido (sic) obtener la reparación de los perjuicios reclamados en este proceso.

“Ahora, la revocación del acto administrativo por motivos de ilegalidad extingue sus efectos hacia el futuro, y, por tanto, no puede dar lugar a la indemnización de los perjuicios causados durante el tiempo de vigencia del acto revocado. Sobre los efectos de la revocación de los actos administrativos se pronunció el Consejo de Estado mediante sentencia de la Sección Segunda de fecha 3 de agosto de 1988 —Expediente número 1609, Consejero Ponente Doctor Alvaro Lecompte Luna—, en los siguientes términos:

“III. La figura de la revocación del acto por la propia administración es, por su naturaleza, una satisfacción extraprocesal de la pretensión en todo o en parte; tiene lugar cuando de modo unilateral, hace desaparecer los motivos o las causas que llevaron a la actora a incoar la demanda, por lo que desaparece, en todo o en parte también, uno de los supuestos de la materia litigiosa, el objeto de la demanda. Pero, salvo que el acto revocatorio lo diga, no puede equiparse el mismo a una sentencia de

anulación, pues el revocado, en virtud de su presunción de legalidad produjo consecuencias con repercusiones jurídicas para el administrado.

“IV. Satisfacer extrajudicialmente las pretensiones del administrado, aún cuando esté en curso proceso jurisdiccional, es, sin duda, una actividad propia de la administración plenamente legítima, pues hacia el futuro, extingue los efectos que produjo el acto que el demandante tuvo como lesivos a sus derechos subjetivos. Sin embargo, resulta inadmisibles que ese acto antiacto tenga la virtualidad de borrar hacia atrás los efectos que en el tiempo produjo el revocado, pues, como éste gozó de la presunción de legalidad, validez o legitimidad, y por ende, fué ejecutivo, el administrado estuvo en el deber de obedecerlo; de acatarlo, de cumplirlo, no obstante que, en su concepto, fuera contra sus intereses particulares, por lo menos en principio”.

“Y con respecto a la posible indemnización de perjuicios derivada de la revocación de los actos administrativos se expresó lo siguiente en un curso realizado por la Universidad del Rosario sobre el tema “La protección jurídica de los Administrados” según el relato que de la mesa redonda de “La Revocación de los Actos Administrativos” hizo la coordinadora Doctora Consuelo Sarria Olcos:

“En aquellos casos en que el acto es revocado por razones de ilegitimidad, no surge el derecho del particular a ser indemnizado, y la razón es obvia, si el acto es ilegal, el particular no podrá alegar que de él se han originado derechos, que sean desconocidos por la revocación y que por lo tanto deba ser indemnizado y como en la mayoría de los casos, esta situación irregular que hace que el acto sea ilegal es conocida por el administrado, no podría éste alegar su propia culpa, para obtener el reconocimiento de una indemnización”. (La protección jurídica de los Administrados –Edición Rosaristas, pág. 490).

“En el presente caso se invoca la violación de normas Constitucionales y legales –artículos 16 y 26 de la Constitución Nacional y 5a. de la Ley 58 de 1982– y todo el concepto está orientado a señalar cómo la infracción de las mismas se produjo con motivo de la orden de suspensión del certificado de aeronavegabilidad de la nave de propiedad de la demandante. Esto reafirma la consideración de la Sala en el sentido de que para obtener la indemnización de los perjuicios se requeriría demostrar la ilegalidad del acto administrativo que adoptó la mencionada medida y obtener, en consecuencia, su nulidad, pues el acto de revocación solo produjo los efectos de restablecer el derecho de la demandante a partir de su vigencia, es decir, el de que su aeronave pudiera realizar actividades de vuelo, pues la decisión implicaba la declaración de que tenía el certificado de aeronavegabilidad que lo permitía.

“Como la demandante no ejerció la acción que correspondía, surge la conclusión de que se presenta la situación de la ineptitud sustancial de la demanda, lo cual a la vez conduce a la denegación de las pretensiones de la demanda, como, en efecto, lo indicará la Sala.

“En estas condiciones la Sala coincide con las consideraciones del señor Fiscal Sexto de la Corporación en el sentido de que se deben negar las pretensiones de la demanda, aunque por razones distintas, pues el Señor Agente del Ministerio Público considera que se debe llegar a esa decisión con el planteamiento de que en este caso la responsabilidad se apoya en la tesis del daño especial, mas no en la de la falla del servicio que se invocó en la demanda. La Sala se aparta de ese planteamiento en razón a que, como ya se consignó, en realidad la demandante no podía ejercer la acción de reparación directa y, en consecuencia, ninguna trascendencia tiene que se hubiera apoyado en una u otra tesis sobre la responsabilidad estatal, por cuanto, además, con apoyo legal la jurisprudencia ha entendido que el acierto o desacierto del demandante al indicar los sustentos jurídicos sobre la responsabilidad estatal no impide al juez pronunciarse de conformidad con la que tenga validez para el respectivo caso.

“Por lo expuesto, EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, SECCION TERCERA, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

“FALLA:

“1o.— No prospera la excepción propuesta por el apoderado de la Nación.

“2o.— Deniéganse las pretensiones de la demanda”. (fls. 261 — 272 Cdno. No. 1).

II

SUSTENTACION DEL RECURSO

A folios 276 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:

“El día 23 de julio de 1987 AEROTACA S. A., presentó demanda contenciosa de reparación directa y cumplimiento contra la Nación Colombiana Ministerio de Justicia, para obtener la reparación de los perjuicios materiales y morales que se le causaron por la falla del servicio en que incurrió el Consejo Nacional de Estupefacientes al haber suspendido el permiso de aeronavegabilidad de un avión de propiedad;

de AEROTACA S. A., matriculado con el número HK-2899, por supuesta infracción cometida al hallarse en una pista clandestina de aterrizaje en Puerto Alegría (Perú), y cuestión que resultó falsa.

“Se presentó la acción en esa forma, porque el acto administrativo dictado por el Consejo Nacional de Estupefacientes que suspendió el permiso de aeronavegabilidad de la avioneta HK-2899 fué revocado por aquél Consejo, al darse cuenta de que había cometido un error en confundir la avioneta HK-2899 con la HK-2899 P que no era de AEROTACA S. A. y ésta última era la que se encontraba en una pista clandestina.

“En otros términos, el Consejo Nacional de Estupefacientes frente a AEROTACA S. A., incumplió con sus obligaciones legales, al sancionar equivocadamente a la parte actora, con una pena de suspensión de las actividades comerciales de su avioneta HK-2899, sin haberse percatado desde un principio, dentro del proceso iniciado, de la realidad de lo ocurrido con la avioneta HK-2899 de AEROTACA S. A. la cual estaba normalmente prestando servicios aéreos en la Intendencia Nacional de Casanare, el mismo día en que presuntamente la Policía Antinarcóticos la confundió en una pista clandestina.

“Tan cierto fué ese incumplimiento de sus obligaciones legales del mencionado Consejo Nacional de Estupefacientes, que revocó directamente la pena de suspensión indicada. Y hay que resaltar que la suspensión dicha se produjo el 5 de julio de 1985. Que el 17 de julio de ese año se notificó personalmente de ella AEROTACA S. A., que dentro del plazo que tenía para recurrir en reposición, lo hizo en revocatoria directa el 24 de julio de 1985. Que tan flagrante había sido la inconstitucionalidad e ilegalidad de la suspensión, que el apoderado de AEROTACA S. A. interpuso ese recurso extraordinario, como lo llaman los tratadistas, y que ante la falla del servicio en que incurrió aquel Consejo Nacional de Estupefacientes, por no haberse percatado con fundamentos sólidos de la presunta infracción de la avioneta HK-2899 de AEROTACA S. A., ese mismo Consejo reconoció esa falla del servicio público y dejó sin valor jurídico el acto de suspensión del permiso de aeronavegabilidad de la HK 2899.

“Resulta que la sentencia del H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca fechada el 10. de marzo de 1990, en la cual se negaron las súplicas de la demanda, y que hay que reconocer que fué dictada por el H. Magistrado Ponente en forma pronta y con un análisis serio, sin embargo, a mi juicio, incurrió en apreciaciones jurídicas erróneas por lo siguiente:

“Se dijo que la acción incoada por la actora no ha debido ser la de reparación directa, sino la de restablecimiento del derecho prevista en el artículo 85 del C.C. (sic) — vigente en la época en que se presentaron los hechos y la demanda. Agregó el fallo que se ha debido demandar la

primera Resolución del Consejo Nacional de Estupefacientes del 5 de julio de 1985 que suspendió el permiso de aeronavegabilidad a la HK 2899. Y que como no demandó dentro de los cuatro meses de expedida, entonces la acción estaba caducada. Hizo un estudio sobre el alcance de la revocatoria directa para concluir que los efectos producidos por la resolución que suspendió el permiso de aeronavegabilidad de la HK 2899 se presumían legales y dá a entender que una revocatoria produce efectos hacia el futuro quedando intactos los efectos que se cumplieron durante su existencia. Es decir, que suspensión produjo efectos legales según el Tribunal.

“Pero, en mi concepto, tan no podía producir efectos legales aquella suspensión del Consejo Nacional de aeronavegabilidad de la HK-2899, que el propio Consejo, dándose cuenta del error que había cometido y de la falla del servicio, por no haber cumplido su deber legal de informarse bien de lo sucedido con la avioneta sancionada, reconoció su falla y revocó los efectos de la suspensión, dándole toda la razón a AEROTACA S. A.

“RAZONES JURIDICAS CONTRA LA SENTENCIA RECURRIDA

“1o.— A mi juicio, no se podía haber demandado la Resolución 0058 del 5 de julio de 1985 que suspendió el permiso de aeronavegabilidad de la HK-2899, porque no estaba en firme dentro de los cuatro meses siguientes a su expedición (5 de julio de 1985), o a su notificación (17 de julio de 1985), porque el 24 de julio de 1985 se interpuso por AEROTACA S. A. un recurso extraordinario contra ella, que estaba pendiente de decidir por el Consejo Nacional de Estupefacientes. Dice en efecto el artículo 62 del C.C.A.:

“ARTICULO 62.— *Firmeza de los actos administrativos.* Los actos administrativos quedarán en firme:

- “1.— Cuando contra ellos no proceda ningún recurso;
- “2.— Cuando los recursos interpuestos se hayan decidido;
- “3.— Cuando no se interpongan recursos, o cuando se renuncie expresamente a ellos;
- “4.— Cuando haya lugar a la perención, o cuando se acepten los desistimientos”.

“Y resulta que para poder demandar en acción contencioso administrativa se requiere legalmente que el acto a demandar se encuentre en firme, esto es, que no haya ningún recurso pendiente. El plazo de caducidad se comenzaría a contar después de que se decida el recurso interpuesto. En este caso, se decidió el 18 de diciembre de 1985, pero como la actitud de la Administración había cambiado, revocando su anterior

acto ilegal de suspensión, entonces la parte actora, no tenía acto administrativo alguno que demandar, ya que el que había conculcado sus derechos, había sido revocado y ya no existía en el mundo jurídico, pero como quedaron vigentes los perjuicios ocasionados por la falla del servicio del Consejo Nacional de Estupefacientes, el único camino que le quedaba era el de la acción contenciosa de reparación directa.

“2o.— Porque el recurso de revocatoria directa, según los tratadistas de Derecho Administrativo, es un recurso extraordinario del cual se puede hacer uso en cualquier momento, si no se ha interpuesto el recurso de reposición.

“Sobre el particular el tratadista doctor Gustavo Penagos en su obra El Acto Administrativo —2a. Edición— 1977, dice lo siguiente:

**“CUANDO ES PROCEDENTE LA REVOCACION DIRECTA
DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS SEGUN EL
CONSEJO DE ESTADO”.**

“La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado al responder una pregunta formulada por el señor Ministro de Hacienda y Crédito Público dice que la revocación directa tiene como finalidad el de dar a la administración la oportunidad de enmendar sus yerros jurídicos, sin necesidad de acudir a la jurisdicción contencioso administrativa, y con tal propósito se ideó el llamado procedimiento gubernativo, que entre nosotros está regulado por el Decreto 2733 de 1959. Se advierte que la revocatoria directa fué mantenida en el Nuevo C.C.A. de 1984 vigente por la época de la revocatoria directa en el caso de antes.

“Su razón de ser no es otra que la de no permitir que continúe vigente y produzca efectos un acto contrario al orden jurídico o al interés público social, es decir, el imperio del principio de legalidad y el de la oportunidad y conveniencia de la administración, entendida como servicio público y obrando en función de ese servicio.

“Es precisamente el hecho de que los actos de la administración tienen por objeto un resultado útil para el Estado, dentro de las limitaciones de la ley, lo que los hace esencialmente revocables, para que aquella pueda modificar o retirar su decisión, adecuándola a las circunstancias, intereses variables y criterios cambiantes en la interpretación de lo que es de interés público. Por eso, el acto administrativo al no tener como objetivo la declaración, reconocimiento, restablecimiento definitivo del Derecho, como corresponde a las autoridades jurisdiccionales, tampoco tiene la fuerza de la verdad legal, de la cosa juzgada, de las decisiones que causan estado.

“Eustorgio Sarria afirma que la revocación directa “es un recurso extraordinario propio del derecho administrativo” (Derecho Procesal Administrativo, Editorial Temis, Bogotá, 1963, p. 50).

“Lo que explicamos diciendo que es un recurso propio del derecho administrativo en el sentido que se acaba de exponer, esto es, típico de las actuaciones que no tienen por objeto la certidumbre jurídica; y excepcional o extraordinario, en cuanto:

“a. Procede de oficio o a solicitud de parte, no siendo lo primero un modo usual en este procedimiento.

“b. La revocación puede interponerse tanto ante el funcionario que expidió el acto de que se trata, como directamente ante su superior inmediato;

“c. Las causales que dan lugar a la revocación de estos actos son específicas: cuando están en manifiesta oposición con la Constitución o la ley, cuando no están conformes o atentan contra el interés público o social, o cuando causen agravio injustificado a una persona;

“d. Podrá ejercitarse ya como recurso, por los particulares, o como facultad administrativa, y en ambos casos en cualquier tiempo, o sea, sin término;

“e. Es aplicable aún contra actos ejecutoriados o contra los que se hallen a decisión de los tribunales contenciosos administrativos, mientras no se haya dictado sentencia definitiva;

“f. Se puede dirigir tanto contra actos administrativos, creadores de situaciones jurídicas impersonales como subjetivas, modalidad que no tienen los recursos ordinarios de la vía gubernativa, y

“g. Además, es extraordinario porque sólo procede cuando, no habiéndose hecho uso de la vía gubernativa y, consecuentemente, habiéndose perdido también la oportunidad de ejercitar las acciones de la vía contenciosa, permite como última posibilidad la de pedir la revocación, a pesar de estar ejecutoriado el acto respectivo.

“Sobre estas bases, y siguiendo la orientación de una interpretación finalista en que se tengan en cuenta los efectos perseguidos por la disposición que se estudia, y también los explícitamente enunciados en ella, como que en la parte motiva del Decreto 2733 se reitera que uno de sus objetos es “La simplificación y economía en los trámites y procedimientos”, sin perjuicio del adecuado control administrativo, esta Sala formula las siguientes apreciaciones:

“1o. En la aplicación de la revocación directa de los actos administrativos es necesario hacer compatibles la legalidad, el interés público o social y el interés particular de los administrados;

“2o. Porque es inadmisibles que un acto creador (sic) de situaciones jurídicas abstractas contrarias a la Constitución o a la ley o que esté en desacuerdo o atente contra el interés público, continúe rigiendo, pudiendo en consecuencia ser revocado por la administración oficiosamente o por petición particular, igualmente no puede desconocerse las situaciones jurídicas subjetivas creadas con sus actos, no pudiendo entonces revocarlos sin consentimiento expreso y escrito del titular de dicha situación;

“3o. Es un recurso extraordinario, en el sentido de excepcional por los caracteres enumerados atrás y, por consiguiente, no de aplicación extensiva sino, al contrario, restrictiva, pues lo normal es que las relaciones administración –particulares se definan por la vía gubernativa ordinaria, como procedimiento que sigue naturalmente a la decisión administrativa, una vez notificada, y

“4o. De modo que dada esa naturaleza excepcional y, esta Sala cree que cuando se trata de actos administrativos creadores de situaciones jurídicas subjetivas o particulares, y la persona afectada pretende ejercitar la revocación directa como recurso:

“a. No puede interponerse ni simultáneamente ni subsidiariamente con los recursos del procedimiento gubernativo, tampoco mientras no se hayan decidido esos recursos o no se hayan presentado el caso de silencio administrativo;

“b. Por lo tanto, a la revocación directa sólo puede acudir cuando, por cualquier circunstancia no se utilizó la vía gubernativa y, precisamente, por no haberla utilizado, siendo el último medio que queda como correctivo inmediato de un error, agravio, ilegalidad o inconveniencia de la administración;

“c. O sea, que la revocatoria directa no es un procedimiento que se superpone al gubernativo ordinario, o que lo refuerce o que deba ser tramitado con él, ni que subsiga a ese procedimiento porque se haya fracasado en él, porque él se tramita separado, aislado y a falta de aquél;

“d. Si es recurso extraordinario, su ejercicio debe ser único. Por ello, no puede interponerse simultáneamente ante el funcionario a *quo* o *ad-quem*, es decir, en el caso de la consulta, ante la Administración Regional de Aduanas y, a la vez, ante la Dirección General de Aduanas, por razones de economía procesal, para evitar decisiones contradicto-

rias, y porque la administración es una sola aunque la integren estructuras superpuestas jerárquicamente;

“e. Así resulta claramente del artículo 21 del Decreto 2733 cuando prescribe alternativamente que la revocación directa debe hacerse “por los mismos funcionarios que los hayan expedido (los actos), o por sus inmediatos superiores”, o sea que unos y otros pero, a prevención, están obligados a revocar de oficio o ante la presentación del recurso, sin que tal disposición confiera al particular derecho o formulación simultánea o sucesiva del recurso ante aquellos;

“f. Tampoco es desarrollo normal de este procedimiento extraordinario que decidido el recurso de revocación la decisión genere nuevos recursos ante quien lo decidió o ante su superior, pues ello equivaldría a revivir, los términos o a reabrir la oportunidad de la vía gubernativa completa, oportunidad que no es posible rehacer o reconstruir, ya no sólo por razones de economía procesal sino en guarda de la ejecutoriedad y eficacia que son de la esencia de la actuación administrativa”.

“LA REVOCATORIA DIRECTA PRODUJO EFECTOS RETROACTIVOS

“3o.— Porque la revocatoria directa proferida por el Consejo Nacional de Estupefacientes que revocó la suspensión del permiso de aeronavegabilidad del permiso (sic) de la avionera HK 2899 de AEROTACA S. A., por haberse referido a un flagrante caso de inconstitucionalidad e ilegalidad, produjo efectos retroactivamente, y así lo afirman los tratadistas del Derecho Administrativo, como el Profesor, y actual Consejero de Estado doctor Miguel González Rodríguez. Dice dicho tratadista sobre el particular lo siguiente:

“7.— El decreto en comento no regula lo relativo a los efectos de la revocación, en cuanto al tiempo, es decir, si la revocación tiene efectos hacia el pasado, volviendo las cosas al estado en que se encontraban en el momento en que se profirió el acto jurídico, o si, por el contrario, la revocación solamente tiene efectos hacia el futuro, es decir, a partir de la expedición, notificación o publicación del acto administrativo nuevo que decreta la extinción.

“Siguiendo el criterio de la mayoría de la doctrina, opino que debe tenerse en cuenta la causal de la revocación: legalidad o mérito. Si la revocatoria se funda en razones de inconstitucionalidad o de ilegalidad, surte efectos retroactivos, es decir, hacia el pasado, pues es apenas lógico que lo inconstitucional o ilegal no puede surtir efectos jurídicos y que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban en el momento de expedición del acto administrativo revocado, como sucede cuando el acto es anulado por los jueces administrativos. Por el contrario, cuando

la revocación se fundamenta en razones de oportunidad o de conveniencia (mérito), como el acto no es ni ha sido inconstitucional o ilegal, dicha medida surtirá efectos a partir de la expedición, publicación o notificación del nuevo acto administrativo, es decir, para el futuro.

“Por último, es necesario anotar que es posible que la administración pública revoque un acto jurídico por razones de conveniencia, oportunidad o mérito, después de que la jurisdicción de lo contencioso administrativo haya declarado en sentencia definitiva que dicho acto administrativo es constitucional o legal, ya que no existe cosa juzgada, ni puede existir, en cuanto a las razones de conveniencia u oportunidad”.

“LA DOCTRINA DEL TRATADISTA MARIENHOFF

“Considero que en este caso la revocatoria directa hecha por el Consejo Nacional de Estupefacientes obedeció a razones de ilegitimidad del acto revocado y las consecuencias de la revocatoria operan desde el nacimiento del acto revocado, en este caso desde el 5 de julio de 1985. Esta tesis está respaldada por el tratadista Miguel S. Marienhoff, quien en su obra Tratado de Derecho Administrativo Tomo II, pp. 599-600-605-624-626 y 627, sostiene lo siguiente sobre las dos clases de revocatoria directa y sus efectos, así:

“De la definición dada precedentemente (No. 508), dedúcese que existen dos especies de revocación: por “oportunidad”, “mérito” o “conveniencia” y por “ilegitimidad”. Vale decir, la revocación puede responder a razones de “conveniencia” pública o razones de “legitimidad”.

“La revocación tanto puede referirse, entonces, a actos administrativos “regulares” como a actos administrativos “irregulares”; de ahí los dos expresados tipos de revocación; por razones de oportunidad (conveniencia o mérito) y por razones de ilegitimidad, que respectivamente presuponen un acto regular y uno irregular.

“La Revocación por razones de “oportunidad”.— La revocación por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, tiende a satisfacer más adecuadamente las exigencias del interés público. No se refiere a cuestiones de “legitimidad”. La necesidad de satisfacer más adecuadamente las exigencias del interés público, aparece aquí como consecuencia de cambios de las “circunstancias de hecho” operadas con posterioridad a la emisión del acto que se revoca. Hablar de revocación por razones de oportunidad equivale a hablar de revocación por razones de interés público.

“El “interés público” que puede servir de base a la revocación por razones de “oportunidad” es “cualquier” interés cuya satisfacción requie-

ra la extinción del pertinente acto administrativo. No es menester que dicho "interés público" esté compenetrado, directa o inmediatamente, con el referido acto administrativo, como tampoco sería menester para la procedencia de la expropiación por causa de utilidad pública que éste esté compenetrado con el bien que se expropia. El "interés público" que ha de servir de base a la revocación por razones de oportunidad o a la expropiación por causa de utilidad pública no es específico, sino genérico, pudiendo responder a cualquiera de las innumerables causas que lo motivan. Lo esencial es que "efectiva y realmente" el interés público requiera, para su satisfacción, que el acto sea revocado, pues ya de suyo que la revocación no puede ser irrazonable o con desviación de poder. Habría desviación de poder si la revocación respondiere, por ejemplo, a conveniencias fiscales, al deseo de favorecer a otro administrado, etc.

“

“519.— La revocación por razones de ilegitimidad” tiene lugar en supuestos de actos administrativos emitidos en contradicción con el orden jurídico positivo vigente, o en contravención a los principios básicos sobre “legitimidad” establecidos al respecto por la ciencia jurídica. Su carácter esencial es el de responder a un vicio de “legitimidad”, no a un vicio de “mérito”, y el de responder a un vicio “originario” del acto administrativo, es decir, a un vicio concomitante con la emisión del acto, a un vicio “congénito” en suma.

“

“La revocación por razones de “ilegitimidad” constituye un medio idóneo de observar la ley y cumplir con ésta, acomodando el acto al derecho vigente en el momento de su emanación con lo que, como bien dijo un autor, la Administración Pública ejerce una potestad de policía sobre sus propios actos, restableciendo, así, el orden jurídico violado. Tal es su fundamento. Sin perjuicio de las lógicas limitaciones a la Administración Pública para revocar sus actos por razones de ilegitimidad —de las cuales me ocupé en párrafos precedentes—, la revocación de los actos administrativos por razones de ilegitimidad, cuando ello procede, constituye un “deber” de la Administración Pública, pues ésta debe actuar siempre conforme a la legalidad.

“

“1o. La revocación extingue el acto administrativo. Tal es su efecto esencial. Mediante ella, el acto desaparece del mundo del derecho. Precisamente, la revocación es uno de los típicos medios de extinción del acto administrativo.

“En este orden de ideas no caben distinciones entre revocación por oportunidad y por ilegitimidad. En ambos supuestos el acto administrativo queda extinguido.

“2o. Con relación al tiempo ¿desde cuándo se producen los efectos de la revocación? Hay que distinguir.

“Si la revocación se efectúa por razones de “oportunidad”, los efectos se producen *“ex nunc”*, con relación al pasado, o sea, desde la fecha de emanación del acto viciado. Ello es así porque este tipo de revocación tiene efectos “declarativos” (véase lo que al respecto expuse en el No. 511, letra d). Se explica que así sea, porque la revocación que puede dictar la Administración Pública por razones de “ilegitimidad”, se refiere a actos considerados “no regulares”, o sea, a actos nulos, afectados de nulidad absoluta, cuya extinción, por analogía con los efectos de la “anulación” de tales actos en vía jurisdiccional, opera con relación a la fecha de emisión del acto que se revoca por ilegitimidad. Precedentemente hice referencia a los efectos, con relación al tiempo, de la extinción de los actos “nulos” y de los actos “anulables” (véanse los Nos. 477, letra k, y 498, punto 1o. letra c., y punto 2o., letra c.)”.

“Como en este caso, AEROTACA S. A., en el lapso de la suspensión, tenía el derecho a disfrutar del permiso de aeronavegabilidad que le había conferido el Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil y no lo pudo disfrutar, entonces sufrió los perjuicios consiguientes y debe ser indemnizada.

“Y resulta, H. Magistrado, que en el caso debatido hubo inconstitucionalidad al producirse la suspensión del permiso de aeronavegabilidad de la avioneta HK-2899 de AEROTACA S. A., es decir, al imponerse una sanción a AEROTACA S. A., como fué la de la suspensión de operaciones de navegabilidad de la avioneta HK 2899, porque violó el artículo 28 de la Carta Fundamental, pues se impuso una pena sin haber cometido AEROTACA S. A., infracción reglamentaria sobre narcotráfico, ya que la HK-2899 nunca estuvo en pista clandestina. Y se violó la Ley penal porque igualmente se sancionó a una persona que no había sido infractor de ninguna norma del Estatuto de Estupefacientes.

“MARIENHOFF, Miguel S. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo II. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1966.

“LA REVOCATORIA DIRECTA HIZO DESAPARECER TAMBIEN

LA ACCION DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

“4o.- La revocatoria de la suspensión del permiso de aeronavegabilidad de la avioneta HK-2899 de AEROTACA S.A. hecha por el Consejo Na-

cional de Estupefacientes, al haber hecho desaparecer del ambiente jurídico, el acto que causó perjuicios a la parte actora, pues la privó del permiso legal que ella tenía procedente del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, para realizar sus operaciones comerciales, cambió la situación jurídica, individual y concreta que se había producido entre la Administración Pública y AEROTACA S. A. mediante un acto administrativo (Resolución 0058 del 5 de julio de 1985), por una situación de hecho, por los efectos retroactivos propios de la Resolución 0117 de 18 de diciembre de 1985, y tal como se ha explicado y fundamentado con las tesis de los tratadistas ya expuestas.

“5o.— Esa situación de hecho, hizo cambiar también la acción contenciosa que cabía en el caso debatido, y razón por la cual no se podía tomar aisladamente el primer acto administrativo (Resolución 058 del 5 de julio de 1985) que suspendió el permiso de aeronavegabilidad, porque dentro del mismo proceso se produjo un nuevo acto administrativo que dejó sin valor ni efectos aquella suspensión. En otras palabras, el acto administrativo de suspensión del permiso de aeronavegabilidad de la HK-2899 nunca quedó en firma porque fué revocado en favor de AEROCATA S. A., y por eso era indemandable.

“6o.— Estimo procedente, en consecuencia, la acción de reparación directa prevista en el artículo 86 del C.C.A. como fué propuesta en la demanda, porque al presentarse la demanda dentro del plazo legal de dos años de decidido en definitiva la actuación del Proceso sobre suspensión del permiso de la avioneta HK 2899 de AEROTACA S. A., se hizo uso de la acción procedente en tiempo oportuno, pues el acto que revocó se dictó mediante Resolución 0117 de 18 de diciembre de 1985, y el plazo desde el cual se comenzaba a contar la caducidad de la acción era el 18 de diciembre de 1985, fecha en que se hizo imposible el acto difícil de probar, porque ese día se convirtió en una vía de hecho el acto causante del perjuicio, que como ya se ha explicado, desapareció como acto administrativo.

“LA PRESUNCION DE LEGALIDAD DE LA RESOLUCION 0058

DE JULIO 5 DE 1985 DESAPARECIO

CON LA REVOCATORIA DIRECTA

“7o. Considero que el acto de suspensión del permiso de aeronavegabilidad de la HK 2899 (Resolución 0058 de 5 de julio de 1985) al desaparecer como acto administrativo, nunca produjo presunción de legalidad, como lo sostiene el H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca, porque la misma Administración Pública, le quitó esa presunción de legalidad, al reconocer posteriormente por medio de la Resolución 0117 del

18 de diciembre de 1985, que el primer acto era inconstitucional e ilegal, por haberse sancionado a AEROTACA S. A., sin haber cometido ninguna falta que mereciera tal castigo, con lo cual se había violado el artículo 28 de la Carta Fundamental, que prohíbe sancionar a una persona sin haber cometido una falta.

“LA FALLA DEL SERVICIO PUBLICO Y EL DAÑO ESPECIAL

“80. En relación con la vista Fiscal de primera instancia me permito formular las siguientes observaciones a la tesis del Fiscal que en este caso se trata de un daño especial y no de una falla del servicio:

“En este caso hubo falla del servicio público del Consejo Nacional de Estupefacientes, pues según el Estatuto de Estupefacientes le corresponde a ese organismo vigilar la actividad de los colombianos sobre el narcotráfico. Por ejemplo, controlar que las aeronaves no aterricen en pistas clandestinas, que no transporten estupefacientes, como cocaína. Existen presunciones de faltas contra el Estatuto de Estupefacientes, como la ya anotada de aterrizaje en pistas clandestinas, hacer vuelos sin información previa a la torre de control, ir a un sitio cuyo programa de vuelo no esté autorizada por la respectiva torre de control. Entonces, en este evento de la suspensión del permiso de aeronavegabilidad de la avioneta HK-2899 de AEROTACA S. A. la falla consistió en que hubo incumplimiento de sus deberes legales por parte del citado Consejo Nacional de Estupefacientes, pues la conducta asumida por el Consejo no se ajustó a las disposiciones legales, se apartó de ellas, ya que la investigación hecha por el mencionado Consejo respecto a la avioneta HK-2899 sobre presunta falta cometida por aquella aeronave, resultó carente de pruebas y a pesar de ello se le sancionó. Se consolidó por otra parte el incumplimiento de los deberes del Consejo citado, porque no averiguó desde un principio la falta cometida por la HK-2899, no se percató bien de que esa no era la avioneta infractora, y entonces faltó a sus deberes de proteger a todas las personas residentes en Colombia en su honra, vida y bienes garantizado en el artículo 16 de la Constitución, y sin embargo, sí sancionó a AEROTACA S. A. por una infracción nunca cometida por ninguna de sus aeronaves. Según la Constitución, artículo 28, la autoridad pública no puede imponer sanciones punitivas a las personas naturales o jurídicas, sino por haberse cometido infracciones a los estatutos represivos, en este evento, al Estatuto de Estupefacientes. Se impuso una pena sin contenido probatorio alguno. En síntesis, hubo violación protuberante del artículo 16 de la Carta Fundamental, lo cual configuró el incumplimiento de sus deberes legales y la falla del servicio alegada.

“DAÑO ESPECIAL

“Y no hubo daño especial como lo dice la Fiscal, ya que éste se presenta, cuando la Administración Pública causa un daño a una persona, en ejercicio y obrando dentro del marco de las disposiciones legales, y causa con su actuación aparentemente legal un perjuicio de naturaleza especial y anormal a un administrado. En este caso, el Consejo Nacional de Estupefacientes no procedió citándose a la Ley, pues la desconoció al sancionar a un administrado por una falta no cometida. No fué legal esa actuación. Y tan no lo fué, que ella misma revocó su acto equivocado.

“Para respaldar mis razonamientos me permito invocar las siguientes jurisprudencias del H. Consejo de Estado:

“Extracto No. 105.— RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO.

“FALLA DEL SERVICIO. RESPONSABILIDAD POR DAÑO ESPECIAL.

“RESPONSABILIDAD POR EXPROPIACION Y OCUPACION DE INMUEBLES.

“RESPONSABILIDAD POR RIESGO. PRINCIPIO DE IGUALDAD:

“En los regímenes de responsabilidad en que la falla del servicio no entra en juego, la administración solamente se exonera si demuestra la fuerza mayor o el hecho de la víctima. No ocurre otro tanto con el caso fortuito.

“Se ha dicho y repetido por la jurisprudencia nacional que la responsabilidad del Estado encuentra fundamento positivo en las normas constitucionales que reconocen y tutelan, sobre la base de la igualdad de los ciudadanos, los derechos y garantías sociales que la Constitución Nacional consagra y garantiza a todos ellos (Título Tercero de la Carta Fundamental) y, de modo particular, en los artículos 16, 20, 21, 31, 32, 33, 35, 39, 43, 44 y 51 de la Carta. En desarrollo de esos preceptos, las leyes, la jurisprudencia y la doctrina han organizado diversos sistemas o regímenes de responsabilidad, orientados siempre por una meta definida: la de obtener el restablecimiento del derecho del administrado que haya resultado lesionado por los actos, los hechos, las acciones o las omisiones imputables a los entes administrativos.

“El fundamento común y mediato de dichos sistemas o regímenes estriba, pues, en la igualdad de todos los ciudadanos ante las cargas públicas. Al respecto, desde antaño existen pronunciamientos de los más altos

tribunales del país. Es así como la Corte Suprema de Justicia expresó en sentencia de su Sala de Negocios Generales del 13 de agosto de 1949 lo siguiente:

“La acción administrativa tiene por finalidad el servicio público. Si la acción administrativa trae beneficio a muchos asociados, pero perjudica con ello a cualquiera persona, el sacrificio de esta no tiene justificación posible, si es que la colectividad tiene como su elemento constitutivo la igualdad de las personas ante la ley. Dentro del Imperativo de tal razón, el perjuicio que se le cause a una persona, resultante de la actividad o gestión del servicio público, ha de ser adecuadamente reparado (Gaceta Judicial, Tomo 46, número 2073 y 2074, pág. 543; las subrayas no son del texto).

“Y el Consejo de Estado no ha sido menos explícito al respecto. En efecto, en sentencia de fecha 17 de noviembre de 1967, la Sección Tercera de la Corporación expuso los siguientes planteamientos que conservan plena vigencia:

“La responsabilidad estatal bien puede y pudo fundarse en el artículo 16 de la Constitución. Los objetivos específicos del Estado definen de por sí tanto los privilegios como las cargas de éste, entre las cuales puede contarse la responsabilidad, así no hubiera un texto expreso en que se dijera para qué están instituidas las autoridades de la República. Sin embargo, en nuestro ordenamiento positivo existe un artículo constitucional —bello artículo, lo llama el señor Samper—, en que expresamente se declaran los actos fines de esas autoridades. Intrascendente parece ese precepto; pero no lo es si se tiene en cuenta, según la historia política de varios pueblos, que el poder público ha sido y puede ser convertido en objeto patrimonial de familia, de grupos, de clases o de partidos.

“Lo de la responsabilidad estatal resulta de la carga especial que se le impone a una persona por desvío, abuso o inacción del Estado. La reparación es una cuestión de justicia distributiva, y ésta es un principio de derecho natural, de aquellos que han de servir para ilustrar a la Constitución, según las previsiones del artículo 40. de la Ley 153 de 1987 (sic), formuladas, por cierto, con varios años de anterioridad a que el Consejo de Estado francés se decidiera a tener en cuenta los principios generales del derecho como uno de los fundamentos de su jurisprudencia. (ANALES DEL CONSEJO DE ESTADO, Tomo 73, Nos. 415 y 416, pág. 279; las sublíneas no son del original).

“La jurisprudencia nacional ha venido aplicando diferentes teorías o regímenes de responsabilidad elaborados por la doctrina, buscando siempre salvaguardar un principio que parece esencial hoy por hoy a todo estado de derecho; el de la igualdad de todos los ciudadanos

frente a la ley, una de cuyas manifestaciones es la igualdad ante las cargas públicas, y que está directamente enderezado al restablecimiento de la equidad allí donde ésta fuere vulnerada.

“Así, en primer término y como régimen que podría llamarse de derecho común de la responsabilidad administrativa, aparece el que se funda en el concepto de la falta o falla del servicio. Se caracteriza este régimen, como en múltiples ocasiones lo ha señalado la jurisprudencia, por tres elementos constitutivos, a saber: una falta o falla del servicio, un perjuicio y una relación o vínculo de causalidad entre la primera y el último. En este régimen la noción de falla es a tal punto esencial, que corresponde al actor dar la prueba de su ocurrencia: la falta de esa prueba condena al fracaso las pretensiones que la requieran. La administración demandada se exonera de toda responsabilidad mediante la prueba del caso fortuito, de la fuerza mayor y de la culpa exclusiva de la víctima. Se exonerará, también totalmente, cuando logre demostrar que el hecho dañoso es imputable a un tercero o a dolo o culpa grave de su agente. Con todo, la exoneración será simplemente parcial, cuando se acredite que en la producción del suceso perjudicial coparticipó la falla del servicio con la culpa de la víctima o con el hecho de un tercero, casos en los cuales la responsabilidad estatal quedará limitada en la medida en que su falta o falla se constituya en causa eficiente del daño experimentado por la víctima.

“En segundo término, y como régimen intermedio entre el que acaba de mencionarse y los de responsabilidad puramente objetiva de que adelante se tratará, se encuentra aquel en donde la falta o falla es presunta. En los eventos respecto de los cuales puede aplicarse este régimen especial, el actor sólo debe acreditar que ha sufrido un perjuicio indemnizable y la existencia de una relación causal con el hecho causante del perjuicio. A la entidad demandada queda la posibilidad de exonerarse de toda responsabilidad probando que aunque el perjuicio fue causado por un acto o hecho a ella imputable, obró de tal manera prudente, con tal diligencia, que su actuación no puede calificarse como omisiva, imprudente o negligente en forma tal que dé lugar a comprometer su responsabilidad. En este sentido, la ausencia de falla del servicio, demostrada por la administración pública demandada, la exonera de responsabilidad porque rompe la presunción de imputabilidad, así el vínculo de causalidad entre el hecho de la administración y el perjuicio continúe intacto. Por ello, en este régimen la falla del servicio sigue existiendo, pero en cierto modo inverso, es decir, en cuanto es a la entidad demandada a la que corresponde proveer al juez de los medios de convicción necesarios para que este realice una valoración positiva del comportamiento administrativo. En este régimen, la administración se exonera mediante la prueba de la fuerza mayor, de la culpa de la víctima o del hecho de un tercero, mas no se exonera con la simple prueba del caso fortuito

porque, como con razón anota el tratadista René Chapus, “probar el caso fortuito equivale a probar la ausencia de culpa” y es bien sabido como en los regímenes de culpa presunta la prueba de la simple ausencia de culpa no libera de responsabilidad. Además, ha de tenerse presente que el caso fortuito, como tal, no es exterior a la actividad dentro de la cual ocurre el hecho causante del daño.

“En tercer término, se encuentran los regímenes de responsabilidad en los cuales el elemento falla del servicio no entra en juego, ni como “*onus probandi*” cargo del actor, ni como presunción de falla, inversora de la carga de la prueba. Se trata de los regímenes que la generalidad de la doctrina denomina objetivos, que también reúnen como elementos constitutivos un hecho y un perjuicio causado por aquel. En los campos de la actividad administrativa a los cuales se aplican, la administración solamente se exonera si demuestra la fuerza mayor o el hecho de la víctima. No ocurre otro tanto con el caso fortuito. Los principales campos de aplicación de estos regímenes son los siguientes:

“a) La teoría del daño especial. Se ha reconocido por la doctrina y la jurisprudencia que se compromete la responsabilidad patrimonial de la administración pública cuando ésta, en ejercicio de sus competencias y obrando dentro del marco de las disposiciones legales, causa con su actuación un perjuicio de naturaleza especial y anormal a un administrado, un daño que excede el sacrificio que el común de los ciudadanos debe normalmente soportar en razón de la peculiar naturaleza de los poderes públicos y de la actuación estatal.

“La existencia del Estado y su funcionamiento implican incomodidades o inconvenientes para los asociados, que estos deben soportar en aras del bien colectivo en tanto y en cuanto esas incomodidades no sobrepasen un determinado umbral: el de la igualdad de los ciudadanos ante la ley y las cargas públicas. Cuando quiera que se quiebre esa igualdad, aún por el obrar legítimo y ceñido al derecho de la administración, será preciso restablecerla, resarciendo los perjuicios que de tal manera hayan podido causarse, porque la equidad así lo impone. Con base en similares argumentos ha dicho esta Corporación:

“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 en que tal actividad se desarrolla, causa al administrado un daño especial, anormal, considerable, superior al que normalmente deben sufrir los ciudadanos en razón de la especial naturaleza de los poderes y actuaciones 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 para los administrados la existencia del Estado. (Sentencia del

28 de octubre de 1976. "Anales del Consejo de Estado", Tomo 91, Nos. 451-452, pág. 710 y 711).

"Esta teoría se aplica de manera excepcional y por equidad precisamente porque es subsidiaria, de modo que ha de recurrirse (sic) a ella tan sólo en eventos en los que el caso concreto examinado no logre un encasillamiento dentro de los otros regímenes de responsabilidad y se aprecie por el sentenciador que esa ausencia de tipicidad, si así puede decirse, comporta vulneración injustificada del principio de equidad. Por ello es quizás aquella en la cual el fundamento mediato de la responsabilidad, que consiste en la violación del principio de igualdad frente a las cargas públicas que campea en la Constitución, opera de manera directa". (Extractos de Jurisprudencia—Consejo de Estado—enero, febrero y marzo—1989—Tomo III—Caja Agraria—Págs. 247 y ss.)

"LA ACCION DE REPARACION DIRECTA Y CUMPLIMIENTO

ERAN LA ACCION PROCEDENTE

"9o.— Sí era procedente en este pleito la acción de reparación directa y cumplimiento porque como ya se dijo, era imposible la demanda en acción contenciosa de restablecimiento del derecho, pues no había acto administrativo causante de perjuicios que demandar por haber desapareció por voluntad de la propia administración la suspensión del permiso de aeronavegabilidad de la HK-2899. Al convertirse en vía de hecho los perjuicios ocasionados a la parte actora, al ser difícil de probar el acto causante de los perjuicios por su revocatoria. La tesis anterior la respalda el tratadista doctor Miguel A. Rodríguez, actual Consejero de Estado en su obra ya mencionada atrás sobre derecho Procesal Administrativo, Edición 1986, Ediciones Rosaristas, páginas 288 y ss.

"En resumen, tenemos que hubo perjuicios para la actora probados por los peritos en este juicio. Causó tales perjuicios, una vía de hecho de la Administración consistente en el incumplimiento de sus deberes que ha debido cumplir el Consejo Nacional de Estupefacientes al sancionar por una presunta falta cometida por la avioneta HK-2899, a su dueña y explotadora AEROTACA S. A. Ese incumplimiento consistió en faltar a sus deberes de vigilancia y control, pues vigiló en forma equivocada las operaciones de la HK 2899 que no incurrió en ninguna falta sancionable. Se confirma la vía de hecho causante de perjuicios, con la misma revocación directa de la sanción hecha por aquel Consejo, que cambió una situación jurídica (acto administrativo) por un hecho difícil de probar y además porque no había acto administrativo demandable, pues el que puso punto final al proceso administrativo de sanción ilegal a mi mandante, no era el causante del perjuicio, sino precisamente el que evitó que se siguieran causando más perjuicios, y además, aquel Consejo reco-

noció su falla de servicio y revocó el primer acto administrativo ya mencionado.

“En mérito de las consideraciones precedentes solicito respetuosamente a esa H. Corporación se sirva revocar la sentencia apelada y condenar al Ministerio de Justicia al pago de los perjuicios ocasionados en este caso. Creo, H. Magistrados del Tribunal que se trata de un caso en que la justicia que pide la actora es procedente, ya que hubo unos perjuicios, y los actos que causaron esos perjuicios fueron reconocidos por la propia Administración al revocar el acto administrativo que originalmente los ocasionaron. Y que la única forma de pedir su pago no era otra que la de la acción de reparación directa y cumplimiento pues el acto administrativo originario causante de esos perjuicios fué revocado por la propia Administración Pública”.

III

VISTA FISCAL

La Fiscal Segunda de la Corporación, Dra. EDNE COHEN DAZA, en su concepto de fondo, *OBSERVA*:

“Estudiado el expediente, esta Fiscalía considera que el recurso interpuesto no puede prosperar.

“Los perjuicios por los cuales se demanda, están directamente relacionados con la expedición de un acto administrativo.

“De existir el daño, éste surgió al momento mismo en que se dictó la Resolución No. 0058 de julio 5 de 1985 que suspendió el certificado de aeronavegabilidad.

“Contra ese acto administrativo los interesados no interpusieron los recursos para agotar la vía gubernativa, y el recurso extraordinario de revocación directa, es obvio que no suple esta omisión.

“En el presente caso, los hechos demuestran que hubo una serie de actuaciones pero todas ellas se encaminaron a la producción de una Resolución que canceló el certificado de aeronavegabilidad de la aeronave de matrícula HK-2899 de la empresa Aerotaxi Casanare - Aerotaca S. A.

“Los hechos a los cuales se refiere el actor, indicando que en ellos existió la falla del servicio, no pueden separarse, para efecto de la demanda, del acto administrativo que remató dicha operación, pues las normas de procedimiento señalan los medios de control tanto de los actos como de

las llamadas operaciones administrativas, medios estos que no fueron oportuna y adecuadamente utilizados en el presente caso.

“Existiendo de por medio un acto administrativo, era necesario haber ejercido la acción de restablecimiento del derecho del artículo 85 del C.C.A. vigente en ese entonces.

“El actor no puede a su arbitrio cambiar la situación legal existente. Tampoco puede el juzgador pasar por alto lo anterior y admitir una acción improcedente cuando de los hechos mismos se deduce que existió un acto administrativo generador del perjuicio que no fué oportunamente demandado.

“El actor no puede escoger la acción de manera caprichosa pues las normas de procedimiento establecen justamente la manera de hacer efectivos los derechos.

“En el presente caso, no queda la menor duda, que los perjuicios que se reclaman tuvieron su origen en un acto administrativo, que no fué oportunamente demandado.

“Se pretende ahora el restablecimiento del derecho, mediante la escogencia de una acción equivocada, lo que impide un pronunciamiento de fondo.

“Por lo expuesto, la sentencia apelada debe ser confirmada, y así lo solicita esta Agencia del Ministerio Público”. (Fls. 302 - 304 Cdo. No. 1).

IV

CONSIDERACIONES DE LA SALA

A) La sentencia proferida por el *a-quo* será revocada para proferir en su lugar fallo inhibitorio, por las razones que a continuación se detallan:

En el *sub-lite* quedó debidamente demostrado que por medio de la Resolución Nro. 0058 de 5 de julio de 1985, el Consejo Nacional de Estupefacientes, en uso de las facultades que le confiere el artículo 11 del Decreto 1060 de 1984, ordenó la suspensión del certificado de aeronavegabilidad correspondiente a la aeronave de matrícula HK-2899-P, afiliada a la Empresa AEROTACA; como resulta igualmente cierto que tal acto administrativo fué revocado por el que se recoge en la Resolución Nro. 0117 de 18 de diciembre de 1985, por las razones que en éste se precisan. Así las cosas, y como lo destaca muy bien la Fiscalía, no podía el demandante poner en marcha la hoy llamada acción de reparación directa, sino la de restablecimiento

del derecho, consagrada en el artículo 85 del C.C. Administrativo, vigente en el momento en que se presentó la demanda. Como así no lo hizo, deviene un fallo inhibitorio.

En esta materia la Sala reitera la perspectiva jurisprudencial que se recoge en múltiples fallos y que recordó en sentencia de veinticuatro (24) de octubre de 1991. Expediente Nro. 6264. Actor William Fuentes Lacouture, en la cual, y en lo pertinente, se discurre dentro del siguiente temperamento:

“B) A la luz de la realidad fáctica que se deja expuesta, es fácil concluir que el derecho subjetivo del demandante le fué desconocido mediante el acto administrativo escrito de que da cuenta la Resolución No. 757 del 26 de noviembre de 1985, *la cual ha debido demandarse en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho, si se aspiraba a obtener la indemnización de los perjuicios causados. Como así no se hizo, la demanda es inepta, y, por lo mismo, deviene fallo inhibitorio con el temperamento que tiene el proferido por el sentenciador de instancia.*

“La circunstancia alegada por el actor, en el sentido de que la Resolución No. 757 de 26 de noviembre de 1985 no le fué notificada, no tiene el mérito de desnaturalizar la acción, esto es, de convertir la de restablecimiento del derecho en una de reparación directa, entre otras cosas, porque por mandato legal ella no se notifica a los licitantes vencidos art. 34 Decreto 222/83. El perfil que tiene la sentencia proferida por la Sala Plena de la Corporación el día siete (7) de septiembre de 1983, Expediente A—060, Actor Sociedad la Angelita Ltda., Consejero Ponente, Dr. Carlos Betancur Jaramillo, y que cita con fortuna el *a-quo*, se reitera ahora. Si la administración entorpece el ejercicio del control de legalidad del acto, no notificándolo o haciéndolo mal, el administrado puede interponer los recursos de ley, a partir del momento en que tuvo conocimiento del mismo, o acudir directamente a la jurisdicción.

“C) Es verdad que la Corporación en múltiples fallos ha fijado pautas jurisprudenciales en el sentido de que existe responsabilidad estatal por razón de la OPERACION ADMINISTRATIVA NO ESCRITA y DEL HECHO ADMINISTRATIVO, la cual se hace valer a través de la acción de reparación directa. Pero en el caso en comento existe un acto administrativo escrito, que es la fuente del perjuicio, y, por lo mismo, no se podía dejar de lado para transitar por sendero equivocado. En esta materia la Sala reitera la pauta jurisprudencial que se recoge en sentencia de 14 de junio de mil novecientos sesenta y uno (1961) Consejero Ponente Dr. Carlos Gustavo Arrieta, en la cual se lee:

“*El artículo 67 consagra el principio de la responsabilidad estatal por razón del acto administrativo escrito.* En ese precepto se parte de la base de que existe la prueba preconstituída de la decisión de la violación y

del daño. Como el acto debe estar publicado, notificado, ejecutado o comunicado, se cumplen todos los requisitos legales que le dan vida o que lo hacen oponible. El ordenamiento adquiere autonomía y fuerza reguladora. En sí mismo encierra toda una situación que no requiere de elementos distintos de los que él mismo contiene en su texto para crear derechos y obligaciones. De consiguiente, la acción se dirige contra un acto que en sí mismo lleva la prueba de su existencia y de su oponibilidad, de la infracción legal y del perjuicio. Todos los elementos de juicio indispensables para el juzgador están contenidos en un documento y en su correspondiente notificación. De allí que el artículo 86 exija que se presente copia del acto con las constancias de su publicación, notificación o ejecución.

“Pero esta regulación de orden procesal no establece diferencias sobre la naturaleza jurídica del acto administrativo escrito y del acto administrativo verbal. Simplemente se limita a reglamentar, para efectos jurisdiccionales y probatorios, un procedimiento expedito y sencillo, compatible con las decisiones escritas, *pero incompatibles con aquellos ordenamientos cuya existencia real no se conoce, sino a través del acto material que los ejecuta*. En uno y otro caso, las situaciones creadas para el particular, para la administración y para el juzgador, son distintas y, de consiguiente, la regulación ha de ser diferente.

“De conformidad con esta interpretación, el artículo 67 *autoriza el contencioso de plena jurisdicción contra toda decisión escrita de la administración* que lesione derechos de los particulares, bien sea un acto administrativo simple y autónomo, o un acto administrativo complejo. Con apoyo en esa norma se pueden atacar también aquellas operaciones administrativas que tienen su origen directa e inmediato en una decisión escrita, porque al obtenerse la nulidad del acto principal, causa y razón de los actos materiales de ejecución, se puede alcanzar el objetivo esencial de la acción. El restablecimiento del derecho implicaría la indemnización de los daños ocasionados por los actos materiales de cumplimiento de la decisión anulada... *El artículo 68 consagra el principio de la responsabilidad estatal por razón de la operación administrativa no escrita y del hecho administrativo*. La figura jurídica de ese precepto designa con el nombre de operación administrativa, no es más que una decisión no exteriorizada, seguida de los actos materiales de ejecución. Esa resolución no se ha escrito, no se ha publicado, ni se ha notificado. Simplemente se ha ejecutado. Sólo en virtud de su realización material es conocida por los particulares, en tal forma que se confunden la etapa decisoria y la de ejecución.

“A la inversa de lo que ocurre con el acto administrativo escrito, en el cual aparece en forma clara la situación jurídica de la administración y del particular, los motivos que se han tenido en cuenta para crearla y

todos los demás factores que sirven para valorar su ilegalidad y el daño que genera, su forma de cumplimiento y los procedimientos de su ejecución, en el acto administrativo tácito no se contiene elemento de juicio alguno y el único punto de referencia que ofrece es el acto material que lo ejecuta. Consiguientemente, la posición de la administración y del individuo es distinta no sólo en cuanto a la valoración jurídica de la decisión, sino en cuanto a la prueba de su existencia.

“Es esa la razón para que la ley estructure el contencioso contra las operaciones administrativas materiales sobre la base del acto físico de cumplimiento, único elemento demostrable, y del consiguiente daño. Sólo a través de ese acto material se puede configurar la acción y la responsabilidad. De allí que no sea necesario solicitar ni decretar la nulidad de una decisión que sólo se conoce parcialmente y por los efectos que originó su ejecución, aunque ese ordenamiento haya sido realmente contrario al derecho.

“El acto administrativo escrito o tácito, la operación administrativa en todas sus fases, y los actos materiales de ejecución, conllevan la idea de voluntariedad y de intención. Hay en ellos siempre un propósito determinado. Distintas son las características del hecho administrativo involuntario, porque este carece de relación directa con una decisión o acto administrativo escrito o tácito, y sólo surge con ocasión del cumplimiento de un acto, de una operación o de la prestación de un servicio, pero sin que la voluntad administrativa del Estado haya intervenido como elemento generador inmediato del suceso. De allí que en estos casos la doctrina jurídica y el artículo 68 estructuren la responsabilidad estatal sobre la base objetiva de la falta de servicio o del riesgo creado. No hay decisión alguna que ataca legal o ilegal, ni nulidad que preferir...” (Extractos de Jurisprudencia, octubre, noviembre y diciembre de 1988. Tomo II, pags. 164-165). (Subrayas de la Sala)

También en sentencia de 24 de mayo de mil novecientos noventa y uno (1991), Expediente Nro. 6299, Actor Guillermo Benito Vallejo, Consejero Ponente, Dr. Carlos Betancur Jaramillo, se recordó:

“La responsabilidad del estado se compromete ordinariamente por los actos administrativos que expide la administración o por sus hechos, omisiones u operaciones administrativas; haciéndose efectiva, en el primer evento, por la acción de restablecimiento (artículo 85 del C.C.A.) y en el segundo, por el de reparación directa (artículo 86).

“Esta presentación, con todo, no es tan evidente en algunas hipótesis. Así, si la lesión la produce el acto administrativo en firma y su ejecu-

ción se ajusta a lo dispuesto, la acción será de restablecimiento. Pero si el perjuicio no lo causa el acto (éste, incluso, es legal para el afectado) sino la ejecución irregular del mismo, vgr. excediendo su mandato, la acción será de reparación directa. Como será de reparación directa cuando el acto esté ajustado al ordenamiento pero rompe el principio de la igualdad frente a las cargas públicas.

“El acto administrativo susceptible de recursos sólo adquirirá firmeza cuando los recursos interpuestos se hayan decidido. Firmeza que le permitirá a la administración ejecutar de inmediato los actos necesarios para su cumplimiento. Por eso mismo dispone la ley que esa firmeza es requisito indispensable para su ejecución aún contra la voluntad de los interesados (artículos 62 numeral 2 y 64 del C.C.A.).

“A contrario sensu, el acto inicial objeto de recursos no podrá cumplirse antes de la decisión de éstos, entre otras razones porque los recursos de vía gubernativa se conceden en el efecto suspensivo.

“Pero el efecto suspensivo en materia de recursos es sólo regla general porque existen casos señalados en la ley que le permiten a la administración su ejecución inmediata, como en algunos asuntos de policía administrativa relacionados con el orden público y de fallas graves en el ejercicio de la función pública por parte de los servidores del Estado. En tales eventos la formulación de los recursos no impedirá la ejecución de la medida. Aquí, por razones de orden público aceptadas en la ley, se anticipan los efectos ejecutorios a la firmeza del acto administrativo.

“Normalmente los actos administrativos que culminan una actuación administrativa son pasibles de recursos. Pero la ley puede disponer lo contrario.

“Si el acto administrativo carece de recursos porque la ley así lo dispone, la interposición de uno cualquiera no impedirá su firmeza ni aplazará los efectos ejecutorios que le otorga la ley.

“En este orden de ideas, para poder hablar de acto administrativo productor de perjuicios habrá que esperar que éste quede en firme, bien porque carece de recurso o bien porque los interpuestos posibles ya se decidieron.

“Pero cuando el acto administrativo inicial susceptible de recursos se ejecuta antes de la decisión de éstos, bien porque la medida era de efectos inmediatos o por ignorancia de la administración en cuanto al efecto suspensivo de los recursos, podrá causar perjuicios mientras estuvo vigente así haya sido revocado después como consecuencia de la prosperidad de éstos.

“Cuando el acto se ejecuta en las condiciones anotadas y se produce la lesión, ésta no desaparecerá con su revocatoria posterior, sólo cesará hacia el futuro. En tal evento, la persona que pretenda el reconocimiento de los perjuicios no podrá hablar de que la causa de éstos fué un hecho (el acto administrativo no se convierte en hecho por su revocatoria) y tendrá que impugnarlo mediante la acción apropiada en la ley para el efecto, o sea la contemplada en el artículo 85 del C.C.A.). Y deberá hacerlo, así al momento de la presentación de la demanda ya se haya producido su revocatoria. Revocatoria que produce claros efectos hacia el futuro, pero que no tiene la virtualidad de borrar los efectos que el acto produjo mientras estuvo vigente.

“Para la sala el problema planteado en la demanda (ejecución del acto antes de la decisión del recurso y su revocatoria posterior) y que se ajusta a la condición teórica que se deja expuesta en el párrafo precedente, no es nuevo en la jurisprudencia de la Corporación. La sala plena tuvo oportunidad de pronunciarse en asunto similar en sentencia de 31 de agosto de 1988 (Proceso R-030). Allí se produjo el cierre inmediato de un centro médico en Bucaramanga, por infringir normas de salubridad, medida que luego fué revocada por el Ministerio de Salud. De ese fallo se destacan las siguientes conclusiones.

“1. En la sentencia impugnada se sostiene que, así como la acción de plena jurisdicción tiene su origen en un acto administrativo, la indemnizatoria parte de la existencia de un hecho u operación administrativa.

“No existe planteamiento diferente en la jurisprudencia invocada. Ni podría existir a decir verdad, pues la diferencia de las dos figuras radica fundamentalmente en el diverso origen o causa de la respectiva acción.

“2.— La sentencia que se impugna declaró probada la excepción de inepta demanda por haberse accionado a través de la hipótesis del artículo 68 que presupone la existencia de un hecho u operación administrativa, al paso que la situación planteada en el *sub-lite* es la de un acto administrativo que produjo eventuales perjuicios.

“No trae la jurisprudencia invocada doctrina de la cual pudiera inferirse que la ausencia del acto administrativo al tiempo de la demanda significa que *per se* que un acto administrativo revocado administrativamente se convierta *ipso facto* en hecho u operación administrativa, transmutando su naturaleza y dando lugar a una acción diferente.

“3.— Son radicalmente diversos los presupuestos de hecho de la demanda que culminó en la sentencia recurrida y de aquella que dió lugar al fallo que se dice contrariado.

“En el caso de la primera hubo un acto administrativo; en el de la segunda hubo, en cambio, hechos u operaciones administrativas y aún vías de hecho, según se cuenta en los libelos correspondientes.

“Parangonar las situaciones a fin de pretender fallos equipolentes, aparte de ser antitécnico, llevaría a pretender una conclusión idéntica a partir de premisas diversas y aún contrarias.

“Estima, en consecuencia, la sala que no se da la contradicción jurisprudencial que se postula”.

“Por lo expuesto, la sala declarará la ineptitud de la demanda y revocará, en consecuencia, el fallo desestimatorio del tribunal”.

B) Para la Sala no es de recibo la perspectiva jurídica que maneja el apoderado de la parte actora cuando afirma que se vió obligada a instaurar la acción de reparación directa y cumplimiento habida consideración de que para el momento en que presentó la demanda “... la resolución que había sido causante de los perjuicios, ya había sido revocada por el Consejo Nacional de Estupefacientes...”. Y no lo es, porque tal planteamiento conduce a la filosofía del absurdo jurídico, esto es, a que basta dejar caducar la acción de restablecimiento, para abrirle paso a la de reparación directa, con lo cual se desnaturaliza la tesis que se dejó expuesta en el literal anterior. El sentenciador se instancia vivenció muy bien el temperamento de la tesis defendida por el actor al precisar en la sentencia:

“Es cierto que cuando se presentó la demanda ya se había producido la revocatoria del acto administrativo que dispuso la cancelación del certificado de aeronavegabilidad, por cuanto aquella se presentó el 22 de julio de 1987 y la Resolución número 0117 que revocó la orden de suspensión es de fecha 18 de diciembre de 1985. Pero es evidente que la imposibilidad de que en ese momento la demandante hubiera ejercido la acción de restablecimiento del derecho no radicaba en la situación jurídica derivada de la desaparición del acto administrativo del ordenamiento jurídico, sino por la razón de que en ese momento se encontraba caducada la acción, como ya se hallaba, inclusive cuando se produjo la revocatoria, pues la notificación de la Resolución número 0058 de 1985 al representante legal de la demandante se hizo el 17 de julio de 1985 y como del texto del acto de revocatoria, así como de documentos que obran en el expediente, se deduce que contra aquella no se interpuso el recurso de reposición que procedía, la conclusión es la de que el acto de revocatoria se expidió cuando ya habían transcurrido más de cuatro meses después de la ejecutoria de aquella. Esto significa que cuando se produjo el acto de revocatoria la demandante ya había perdi-

do la oportunidad de ejercer la acción de restablecimiento del derecho que le hubiera permitido (sic) obtener la reparación de los perjuicios reclamados en este proceso". (Fl. 269 C. No. 1).

C) Tampoco comparte el *ad-quem* la tesis expuesta por el procurador judicial de la parte actora cuando afirma que no se podía demandar la Resolución 0058 del 5 de julio de 1985 "... que suspendió el permiso de aeronavegabilidad de la HK-2899, porque no estaba en firma dentro de los cuatro meses siguientes a su expedición (5 de julio de 1985), o a su notificación (17 de julio de 1985), porque el 24 de julio de 1985 se interpuso por AEROTACA S. A. un recurso extraordinario contra ella, que estaba pendiente de decidir por el Consejo Nacional de Estupefacientes..." El impugnante se refiere a la solicitud de REVOCATORIA DIRECTA que presentó el apoderado de la sociedad actora el día 24 de julio de 1985, como se lee en los considerandos de la Resolución No. 0117 de 18 de diciembre de 1985. En este momento del discurso parece conveniente recordar que la figura de LA REVOCACION DIRECTA no es un recurso ni ordinario ni extraordinario sino "... el retiro unilateral de un acto válido y eficaz por motivo sobreviniente, o de un acto irregular, sea que en ambos supuestos los actos hubieran emanado del ejercicio de facultades regladas o discrecionales de la Administración", como lo predica el Profesor Manuel María Díez, en su obra Manual del Derecho Administrativo. Tomo I, Editorial Plus Ultra, pág. 250. Por ello se enseña que LA REVOCACION es realmente una manifestación del poder del Estado, de su competencia, "... ya que así como la administración tiene la facultad de expedir actos administrativos, puede también tenerla para revocarlos, como facultad que concreta el contenido del poder, lo cual lleva a la conclusión de que el acto administrativo no es esencialmente ni revocable ni irrevocable, pues el concepto de revocabilidad o irrevocabilidad hace referencia no al acto mismo, sino A UNA MANIFESTACION DEL PODER PUBLICO que se concreta específicamente en una competencia administrativa que será la que en concreto permita a una autoridad estatal, cuando la detecte, extinguir los efectos del acto administrativo y esto es así, porque lo natural, lo normal, lo corriente es que el acto administrativo produzca los efectos jurídicos buscados por la administración al expedirlo y lo anormal, lo excepcional, es que la administración deba extinguir sus efectos, ya sea porque no están de acuerdo con el interés colectivo, por el que debe propender en todas sus actuaciones o porque no se ajustan al ordenamiento jurídico, y para hacerlo contará entonces con la competencia para revocarlos. "La Protección Jurídica de los Administrados. Ediciones Rosaristas, 1980, pág. 482. Dra. Consuelo Sarria Olcos).

Por no ser la REVOCATORIA DIRECTA un recurso se explica que ella pueda decretarse de oficio, y en cualquier tiempo, en relación con PROVIDENCIAS O ACTOS EN FIRME, o que se hallen sometidos al control de los tribunales contencioso administrativos, siempre que en este último evento no se haya dictado auto admisorio de la demanda. Por lo demás, esa potestad

SECCION TERCERA

es irrenunciable, situación que no se da respecto de los medios de impugnación pues las partes bien pueden hacer o no uso de ellos.

Lo que el sentenciador vivencia, en el caso en comento, es que la sociedad demandante dejó vencer el término para interponer el recurso de reposición, realidad fáctica que la llevó a acudir a la figura de la revocación directa que se alimenta con otras esencias jurídicas. Por ello no se acepta la tesis de que no era posible ejercitar la acción de restablecimiento del derecho pues el argumento de que el acto administrativo no estaba en firme es contraria a la realidad de lo alegado y probado.

D) El apoderado de la parte actora, en escrito presentado el 16 de julio del presente año, solicita que se dé aplicación a los artículos 228 y 230 de la nueva Constitución Nacional, que ordenan hacer prevalecer el derecho sustancial y el principio de la equidad en las decisiones judiciales. Sobre el particular la Sala desea precisar que la aplicación de tales principios demanda una ponderada valoración de todas las circunstancias del caso, pues so pretexto de hacer prevalecer lo SUSTANCIAL no puede ser posible aceptar que el demandante, en lugar de poner en marcha la acción que corresponda, ejercite la que no es, para hacer valer su derecho subjetivo. Así las cosas, no estaría acorde con la lógica de lo razonable, que entablada la acción de reparación directa, por error, pueda el juez, a su sola voluntad, fallar el proceso como si la ejercitada hubiese sido la de restablecimiento del derecho, vía que lo llevaría a elegir, a su sola voluntad, el acto de la administración que deba ser anulado. En la vía saludable de hacer prevalecer LO SUSTANCIAL, sobre lo FORMAL, se podrán obtener muchos logros en beneficio de la administración de justicia, pero el mandato constitucional no se podrá convertir, en la práctica, en herramienta que obligue al sentenciador a jugar el papel de parte y de juez.

Por lo que hace relación con la EQUIDAD, criterio auxiliar de la actividad judicial, parece conveniente recordar que ella puede aplicarse cuando UNA LEY JUSTA, en términos generales, al ser aplicada al caso concreto, produciría efectos INJUSTOS, y notoriamente indebidos. Por ello la justicia del caso concreto demanda que la hipótesis normativa, en tales casos, no se aplique. El problema de la EQUIDAD, como lo enseña Luis Recasens Siches, "... no es el de "corregir la ley" al aplicarla a determinados casos particulares. Esto, aunque en la mente de quienes se expresan así sea algo bien intencionado, no tiene pies ni cabeza.

No se trata de "corregir la ley". Se trata de otra cosa: se trata de "INTERPRETARLA RAZONABLEMENTE" "... Lo que se solía llamar "EQUIDAD" no es un procedimiento para corregir leyes imperfectas. Es la manera correcta de interpretar todas las leyes, absolutamente todas. Es la manera correcta de entenderlas. Es la manera correcta de tomarlas como base para elaborar las normas individualizadas. Siempre y en todos los casos, sin excep-

ción. La equidad no es un recurso "EXTRAORDINARIO" para "SUAVIZAR" la aplicación de ciertas leyes. Por contra, debemos reconocer que debe ser el "PROCEDIMIENTO ORDINARIO" para tratar con todas las leyes" (Tratado General de Filosofía del Derecho. Editorial Porrúa, págs. 654 y ss. ss).

En el caso en comento no es posible inmenzar entuertos con apoyo en la EQUIDAD. La demanda se puede interpretar, pero so pretexto de llevar a cabo tan bella tarea, el juez no puede cambiar la acción que se ejerció, como ya se dijo en otro aparte de este proveído.

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 primero (1o.) de marzo de mil novecientos noventa (1990), proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, y en su lugar RESUELVE:

INHIBISE para decidir en el fondo, por ineptitud de la demanda.

SEGUNDO: Ejecutoriado el presente fallo, devuélvase el expediente al tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y CÚMPLASE.

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

ACCION DE REPARACION DIRECTA/REVOCACION DIRECTA DEL ACTO (Salvamento de voto)

Al desaparecer del mundo jurídico el acto administrativo que originó la incautación de la aeronave, en virtud del fenómeno de la revocatoria directa efectuada por su autor, las circunstancias fácticas sucedidas durante su vigencia deben manejarse como tales, como hecho, o, si se quiere como "operación administrativa", demandables a través de la acción de reparación directa, mas nunca por la de nulidad con restablecimiento.

Salvamento de Voto del Consejero de Estado Dr. Daniel Suárez Hernández

Referencia: Expediente No. 6293. Actor: Sociedad "Aerotaxi Casanare Aerotaca S. A.". Demandado: La Nación – Ministerio de Justicia. Ponente: Dr. Julio César Uribe Acosta.

Con el respeto debido a mis compañeros de sección, a continuación consigno las razones que me llevaron a separarme de la tesis mayoritaria plasmada en la sentencia de 14 de noviembre de 1991, proferida en el asunto de la referencia, saber:

a) En primer lugar sostuve y sigo sosteniendo, que el caso controvertido si podía estudiarse y desatarse bajo el marco previsto por el art. 86 del C.C.A., para la acción de reparación directa. Por ello no comparto la "decisión" inhibitoria a que arribó la mayoría.

b) La afirmación anterior tiene su apoyo en la circunstancia elemental, pero no por ello infundada, de que al desaparecer del mundo jurídico el acto administrativo que originó la incautación de la aeronave, en virtud del

fenómeno de la revocatoria directa efectuada por su autor, las circunstancias fácticas sucedidas durante su vigencia deben manejarse como tales, como hechos, o, si se quiere como "operación administrativa" demandables a través de la acción de reparación directa del art. 86 del C.C.A., más nunca por la de nulidad con restablecimiento del art. 85 *ibídem*.

c) Resulta claro que al desaparecer el acto administrativo, por voluntad de su autor, este no podía ser objeto jurídico ni material de demanda alguna, por sustracción de materia o inexistencia del actor. Pero, los rastros, huellas y vestigios que hubiere podido dejar y que acarree daños a los administrados bien puede pretenderse su resarcimiento, mediante la acción de reparación directa. Si se demandare la nulidad del acto que ya no existe, ahí sí se impone la inhibición del fallador.

d) El original art. 86 del C.C.A., antes de la reforma introducida por el Decreto 2304 de 1989, acertadamente prescribía, en su parte final, que la acción de reparación directa se utilizaba también "cuando la causa de la petición sea un *hecho, o un acto administrativo para cuya prueba haya grave dificultad*" (subrayo). Recuérdense que los hechos constitutivos de la causa petendi y las fechas de los actos administrativos a ellos referidos, tuvieron ocurrencia a mediados y finales de 1985, época en que se hallaba vigente la norma transcrita y por ello, la que debió tenerse en cuenta para decidir la controversia. Desafortunadamente la sentencia materia de mi disenso no paró mientes en ello; de haberlo hecho tal vez otro hubiese sido su conclusión.

e) Finalmente hago míos los salvamentos de voto de los señores Consejeros Jaime Abella Zárate y Consuelo Sarria Olcos, al igual que las aclaraciones de votos de los doctores Miguel González Rodríguez y Euclides Londoño Cardona, a la sentencia 239 de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de 14 de septiembre de 1988, Consejero Ponente Dr. Reynaldo Arciniégas B., publicados en Extractos de Jurisprudencia, Caja Agraria, primer trimestre 1988, Tomo I, pgs. 131 y ss., a los cuales me remito por considerarlos aplicables al caso.

Atentamente,

Daniel Suárez Hernández

Santafé de Bogotá, D. C., 19 de noviembre de 1991.

**ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO/
CADUCIDAD— Imprudencia /PRINCIPIO DE INAJENABILIDAD /PRIN-
CIPPIO DE IMPRESCRIPTIBILIDAD**

Cuando el negocio jurídico implica el traspaso a la enajenación de ciertos bienes considerados por el ordenamiento como inenajenables e imprescriptibles, no podrá hablarse, en ningún caso, de que la acción para impugnar el acto o contrato que contiene dicha enajenación, está sujeta a caducidad o prescripción extraordinaria. Si el asunto pudiera manejarse dentro de las acciones de impugnación de actos administrativos, la acción no podría ser la de simple nulidad, sino la de restablecimiento.

COADYUVANCIA

Pese a no tratarse de una típica acción de nulidad, en la que cualquier persona puede presentarse como coadyuvante o impugnadora, la Sala estima que podrá aceptarse la intervención como forma de coadyuvancia simple, dados los intereses colectivos que están en juego y gracias también al mandato contenido en el art. 88 de la nueva carta constitucional.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Santafé de Bogotá, D. C., noviembre veintiuno (21) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Carlos Betancur Jaramillo*

Referencia: Expediente No. 6976. Actor: Ministerio de Minas y Energía.

Procede la Sala de decisión a resolver los recursos ordinarios de súplica interpuestos por la Asociación Nacional de Abogados Litigantes "Andal" (a folios 238 y siguientes) y por la Nación-Ministerio de Minas y Energía y de Hacienda y Crédito Público (a folios 314 y siguientes) contra el auto de octubre 10 de 1991 dictado por el señor consejero Uribe Acosta, mediante el cual se dispuso:

"Inadmítase la demanda presentada por la Nación—Ministerio de Minas y Energía y de Hacienda y Crédito Público, por haber operado el fenómeno jurídico de la caducidad de la acción.

"Sin necesidad de desglose, devuélvase los anexos acompañados a la demanda".

Para tomar su decisión el señor consejero Uribe Acosta calificó la controversia como de origen contractual y le aplicó, en tal sentido, el término de caducidad contemplado en el artículo 136 del C.C.A., luego de la modificación que le introdujo el artículo 23 del decreto 2304 de 1989, o sea el de "dos años de ocurridos los motivos de hecho o de derecho que le sirven de fundamento".

A este respecto, arguye:

"4o.) Dentro del anterior perfil jurídico se tiene que la acción ejercitada, en el caso en comento, está caducada, pues la Resolución No. 113 se dictó el día 29 de mayo de 1971 y las escrituras, cuya nulidad se impetra, se suscribieron en los meses de septiembre y octubre de 1971, es decir, hace ya más de veinte años, menos la No. 6227 de 19 de octubre de 1971, respecto de la cual se podrá predicar lo mismo, en igual fecha del presente año. Así las cosas, la Sala reitera la perspectiva jurisprudencial que fijó en sentencia de 1o. de octubre de mil novecientos ochenta y siete (1987). Expediente Nro. 4071. Actor: Alvaro de la Hoz Peña, en la cual se razona dentro del siguiente temperamento:

"1a. Es ya tradicional en la jurisprudencia y la doctrina la distinción entre los fenómenos jurídicos de la prescripción y la caducidad como que el primero tiene su fundamento en "... la presunción de liberación resultante de la inacción prolongada del acreedor, en tanto que la caducidad requiere el transcurso del plazo fijo señalado en la Ley para ejercitar la acción como se precisó en providencia proferida dentro del expediente No. 4852. Actor: Luis Medina Cáceres Consejero Ponente: Dr. Jorge Valencia Arango.

"2a. Hecha la precisión anterior, es conveniente recordar, igualmente, que hasta el primero de marzo de 1984, fecha en que entró en vigencia el nuevo Código Contencioso Administrativo, no se había consagrado

en la ley un término de caducidad para las acciones relativas a contratos, motivo por el cual la jurisprudencia de la Corporación fué reiterada en el sentido de que la prescripción de las mismas estaba sujeta a las reglas del Código Civil, esto es, veinte años para la de nulidad absoluta y cuatro años para la relativa. Pero a partir de la vigencia del nuevo estatuto contencioso-administrativo, se consagró, por primera vez, un término de caducidad para éstas controversias, que es el que aparece en el artículo 136 de la citada obra, que en lo pertinente reza: "Las relativas a contratos caducarán a los dos (2) años de expedidos los actos u ocurridos los hechos que den lugar a ella".

"3a. Dentro del anterior marco jurídico-conceptual es lógico concluir que toda controversia contractual, surgida con anterioridad a la vigencia del nuevo C.C. Administrativo, y no planteada ante esta jurisdicción, empezó a estar gobernada por el fenómeno de la caducidad desde el primero (1o.) de marzo de 1984, esto es, que debía someterse a la definición de los tribunales correspondientes en el término de dos años, contados a partir de ese momento. Pero las surgidas con anterioridad a la vigencia del nuevo estatuto contractual, cuyas demandas también se presentaron ante los jueces competentes, antes de ese momento en el tiempo físico, como es el caso en comento, siguieron gobernadas por el fenómeno de la prescripción de veinte o cuatro años, según el caso, por ello no es posible acreditar que, respecto de ellas, opera el término de cuatro meses a que hace referencia el apoderado de la parte actora".

Finaliza la decisión con un serio cuestionamiento a los funcionarios que han estado a cargo de la defensa de los intereses públicos y que poco o nada hicieron, en su oportunidad, para solucionar el conflicto de intereses que deja ver la demanda.

Descontenta la nación, interpuso, como se explicó, el recurso ordinario de súplica.

Su apoderado, con apoyo en jurisprudencia tanto de la Corte Suprema como de esta Corporación, sostiene, en síntesis:

a) Que la resolución 113 de 29 de mayo de 1971, impugnada, es un típico acto jurídico administrativo unilateral originado en un contrato de denuncia de bienes ocultos.

b) Que las escrituras públicas demandadas contienen actos administrativos unilaterales, aunque originados directamente en la citada resolución, para darle cumplimiento y por lo mismo tienen su origen en el mismo contrato.

c) Que la competencia para conocer las controversias originadas en contratos celebrados por la nación pasó de la Corte Suprema al Consejo de Esta-

do, por virtud del decreto 528 de 1964; estatuto que no las sometió a caducidad alguna y que las dejó sujetas a la prescripción de 20 años.

d) Que el código administrativo vigente, adoptado por el decreto 01 de 1984, habló por primera vez de la caducidad de las acciones contractuales y le asignó un término de dos años.

e) Que el tránsito de legislación frente a las controversias de reparación directa nacidas con anterioridad al decreto 528 de 1964, sometidas inicialmente a prescripción extintiva y luego a caducidad, fué definido por la sala plena de esta corporación en estos términos y en relación con los litigios causados por la explosión de Cali del 6 de agosto de 1956: “Los damnificados tienen 20 años para reclamar la indemnización mediante el ejercicio de la acción de reparación directa consagrada en el artículo 68 del antiguo C.C.A. (Ley 167 de 1941) no sujeta a caducidad sino a la prescripción ordinaria de 20 años que vencen el 6 de agosto de 1976”.

f) Que el asunto, en tales condiciones, debe regirse por la prescripción y no por la caducidad.

g) Que dada la complejidad de lo planteado y las serias dudas que existen frente a la oportunidad para la presentación de la demanda, debe seguirse la conducta que la corporación ha tenido en asuntos similares o sea la de admitirla para despejar las dudas durante el trámite del proceso.

También hizo uso del derecho de recurrir “Andal”. Para el efecto pidió que se le tuviera como parte coadyuvante de la causa de la nación, por tratarse de una acción de nulidad que puede ejercerse en cualquier tiempo y por cualquier persona.

Apoya su recurso la mencionada Asociación, en primer término, en decisiones tanto de este Consejo de Estado como de la Corte Suprema. Así trae a colación el pronunciamiento de julio 29 de 1964 de la sala de negocios generales de aquel organismo, del que fué ponente el señor consejero José Urbano Múnera; y la sentencia de ésta, igualmente de su antigua sala de negocios generales, de 5 de agosto de 1942, con ponencia del señor magistrado Aníbal Cardozo Gaitán.

En segundo término, la suplicante refuerza su argumentación con cita de la obra del profesor Vidal Perdomo y con observaciones en torno a la legislación que ha regulado en Colombia el régimen de los bienes de uso público, las minas y los baldíos.

En tercer término, Andal hace un recuento de los aspectos constitucionales que deben tenerse en cuenta a partir de la constitución de 1886 y en relación con la carta que rige desde julio de 1991.

En cuarto término, la recurrente enuncia la normatividad vigente, aplicable al caso controvertido. Así trae a colación los artículos 757 y 2519 del c.c.; 38 y 46 de la ley 153 de 1887; 2o. de la ley 50 de 1936; y 73 del C.C.A. Agrega, además, cita de la obra del profesor Jesús Llano Ramírez ("De los títulos de propiedad Raíz).

Para resolver, se considera:

Estima la sala que la presente motivación deberá tocar los siguientes aspectos: a) El auto recurrido; b) de índole de la acción propuesta y su prescripción o caducidad; c) La intervención de Andal; d) Los interrogantes que se desprenden de la demanda y de sus antecedentes; y e) La conclusión.

El auto recurrido

Para la sala el auto sigue la ortodoxia en materia de acciones contencioso administrativas. Así, califica como contractual la controversia y le aplica el término de caducidad propio de ésta. Para el efecto se apoya en el artículo 136 del C.C.A. (23 del decreto 2304 de 1989) y en la perspectiva jurisprudencial contenida en la sentencia de 1o. de octubre de 1987, que da a entender que los conflictos contractuales nacidos antes de la vigencia del decreto 01 de 1984 y que aún no se habían presentado ante la jurisdicción administrativa a la fecha en que éste empezó a regir (1o. de marzo de este año), dejaron de estar gobernados por la prescripción extintiva que los regía y quedaron sujetos al nuevo régimen de caducidad de los dos años señalados en el código.

Para la sala esta es la orientación reiterada en este campo y con esta providencia no se pretende modificación alguna, por cuanto estima que el asunto es algo más que un problema de vigencia de la ley en el tiempo, como lo consideran el señor consejero ponente y la nación recurrente, y porque la acción intentada no es propiamente contractual, así los actos aquí impugnados tengan una relación mediata con el contrato de denuncia de bien o culto suscrito entre la nación y el señor Martínez L. el 22 de diciembre de 1920.

La índole de la acción propuesta

La sala hace aquí una calificación preliminar o de primer intento, para efectos de la admisión de la demanda, ya que el punto deberá estudiarse de nuevo en la sentencia.

Aunque formalmente los actos impugnados son de cumplimiento o de ejecución, mediante la acción propuesta la nación busca, directamente, la declaración de que dichos actos son ineficaces o nulos por implicar la enajenación o el traspaso de bienes en principio inenajenables e imprescriptibles,

como son el subsuelo y unas tierras supuestamente baldías e, implícitamente, la declaración de que estos bienes no han salido de su órbita o poder.

Con este enfoque, la acción deja, en principio, de ser contractual para convertirse en una acción declarativa de que los bienes contenidos en tales actos no podían enajenarse y que, por tanto, siguen en el dominio del Estado. No cambia el enfoque de esta apreciación el hecho de que para el efecto deban anularse los actos aquí impugnados.

Es cierto que la nulidad absoluta de los actos o contratos prescribe en el derecho colombiano en el término de veinte años. Por eso mismo el artículo 2o. de la ley 50 de 1936 previene que esa nulidad, en todo caso, puede sanearse por la prescripción extraordinaria. Aunque la norma en referencia tiene su campo de aplicación en el derecho privado, desarrollos legales posteriores la hicieron aplicable, de alguna manera, en el campo del derecho público, en especial en el de la contratación. A este respecto pueden verse los arts. 78 del decreto 222 de 1983 y 87 del decreto 01 de 1984, con la modificación introducida por el 17 del decreto 2304 de 1989.

Pero no es menos cierto que esta regla de prescripción extraordinaria para la alegación de los motivos de nulidad absoluta de los contratos, tiene que ver solamente con los derechos patrimoniales susceptibles de enajenación e igualmente prescriptibles.

Se hace esta afirmación porque *cuando el negocio jurídico implica el traspaso o la enajenación de ciertos bienes considerados por el ordenamiento como inenajenables e imprescriptibles, no podrá hablarse, en ningún caso, de que la acción para impugnar el acto o contrato que contiene dicha enajenación, está sujeta a caducidad o prescripción extraordinaria.* Si así lo fuera bastaría el simple transcurso del tiempo (los 20 años) para volver, indirectamente, enajenable y prescriptible un bien público que no tuviera estas notas o características.

Al respecto cabe poner dos ejemplos comprensivos:

a) Mediante escritura pública la nación la transfiere, en forma exclusiva, el espacio aéreo nacional a una compañía de aviación, por una cantidad X de dinero y ésta lleva explotándolo por más de 20 años. Podría decirse, entonces, que ese negocio jurídico no es demandable ya porque ha transcurrido el término de 20 años que la ley señala como término máximo de prescripción de la acción de nulidad absoluta? No equivaldría esta solución a hacer prescriptible y enajenable algo que no tiene esas notas?

b) Mediante contrato de compraventa el Incora vende los baldíos existentes en el Departamento del Guainía y pasan 20 años. Podrá decirse que ya la Nación o el Instituto no podrán recuperarlos porque caducó o prescribió la acción de nulidad?

Como es obvio, la sala al sentar las inquietudes anteriores no está definiendo el caso concreto, sino que sólo le esta abriendo la posibilidad al debate planteado por la nación. Debate que al culminar permitirá saber si unos bienes públicos determinados (el suelo y el subsuelo del predio "Santiago de las Atalayas" y "Pueblo Viejo de Cusiana") podían ser transferidos o no en "dación en pago" a los particulares señalados en la resolución No. 113, en razón de las especiales circunstancias jurídicas y antecedentes que los rodeaban.

La acción formulada por la nación tampoco encaja en la de nulidad regulada en el artículo 84 del C.C.A. Esta es una acción pública para la salvaguarda del orden jurídico abstractamente considerado y, en principio, no tiene alcances de carácter patrimonial como parece tenerlos la aquí intentada. Además, la Acción de nulidad procede contra los actos administrativos unilaterales y en el caso *subjudice* la misma resolución 113 parece, también a primer golpe de vista, un simple acto de ejecución o cumplimiento y los demás actos dejan ver una nota de bilateralidad que los hace ajenos a aquella acción.

Si el asunto pudiera manejarse dentro de las acciones de impugnación de actos administrativos, la acción no podría ser la de simple nulidad, sino la de restablecimiento (artículo 85 del C.C.A.), porque la sola nulidad del acto o de los actos implicaría el restablecimiento del derecho para la persona (la nación) afectada con los mismos. Evento que tendría otra consecuencia: la caducidad de dos años para la administración, con sujeción al mandato contenido en el inciso 2o. del artículo 136 del C.C.A. (23 del decreto 2304).

Para la sala, en conclusión, aunque la controversia sobre la acción impletrada bien puede no encajar en las clásicas o tradicionales del código (artículos 84 a 87), sí configura un litigio típicamente administrativo ventilable ante esta jurisdicción. Se corrobora este aserto con lo que dispone el numeral 16 del artículo 128 del mismo código, el que le asigna al Consejo de Estado, en única instancia, el conocimiento de *aquellos procesos de carácter administrativo, para los cuales no existe regla especial de competencia*. En el mismo sentido, la vía procesal a seguir será la ordinaria (artículo 206 del C.C.A.).

Las razones precedentes permiten afirmar, de primer intento, se repite, algo que deberá ser objeto del estudio de fondo en la sentencia: La acción intentada no es técnicamente contractual ni de simple nulidad; y, no está sometida a los términos de caducidad ni a los de prescripción extintiva de los derechos sustanciales.

La intervención de Andal

Esta Asociación de Abogados Litigantes se presenta como coadyuvante de la nación, por cuanto considera que se trata de una acción pública de nulidad.

Pues bien, pese a no tratarse, como se dijo, de una típica acción de esta índole, en la que cualquier persona puede presentarse como coadyuvante o impugnadora (artículo 146 inciso 1o. del C.C.A.), la sala estima que podrá aceptarse su intervención, como forma de coadyuvancia simple, dados los intereses colectivos que están en juego y gracias también al mandato contenido en el artículo 88 de la nueva carta constitucional.

En los términos indicados, se considera que la intervención de Andal es válida. Con todo, en el fallo se tocará de nuevo el problema de la legitimación o de su interés para obrar.

Los interrogantes que deja la demanda

Quizás fué este el factor que impulsó la salida admisorio que aquí se hará, porque deja ese escrito serias inquietudes que no podrán resolverse sino en el fallo definitivo. Inquietudes que muestran la complejidad del debate planteado y que esperan una definición judicial.

En este orden de ideas, con apoyo en la demanda, cabe entre otras, hacer las siguientes preguntas:

Cuando se suscribieron las escrituras aquí impugnadas, tenían los herederos o cesionarios del Coronel Martínez L. un derecho adquirido, conforme a la ley, al suelo y al subsuelo que se les trasfería?

El contrato de diciembre 22 de 1920 sobre denuncia de bien oculto celebrado entre la nación y el señor Martínez L. *hacia referencia tanto al suelo como al subsuelo*? De referirse sólo a aquel, quién lo hizo extensivo a éste? La Corte Suprema? El juez de Orocué? El gobierno en 1940? Por qué?

La ley 20 de 1969, cuando reiteró que el subsuelo era de la nación, salvo las situaciones jurídicas subjetivas y concretas debidamente perfeccionadas vinculadas a yacimientos descubiertos antes del 22 de diciembre de 1969, no tuvo incidencia en el presente conflicto y no era aplicable a los herederos y cesionarios del señor Martínez L.?

Existía en 1969, cuando empezó a regir la ley antecitada, un yacimiento descubierto en el subsuelo aquí controvertido?

Podía la nación, para cumplir obligaciones contraídas de vieja data, cuyo origen mediato fué el contrato de 1920, transferir en 1971 tierras al parecer baldías, en lugar de dinero, estando vigente la ley 135 de 1961? O, no se aplicaba este estatuto a la situación creada?

Serán sólo de propiedad particular, y por ende deducibles del globo de terreno total, los bienes adjudicados por la Corona el 17 de diciembre de 1759, en una extensión de 782 hectáreas 8.142 mts.?

Sabía el gobierno, cuando otorgó las escrituras en 1971, relacionadas con el predio "Santiago de las Atalayas", que ya el Consejo de Estado, desde diciembre 2 de 1970, había declarado extinguido el dominio particular del suelo en dicho predio y en relación con sus propietarios?

Había salido del dominio de la nación, con anterioridad a octubre de 1873, el inmueble conocido como "Santiago de las Atalayas" y "Pueblo Viejo de Cusiana"? O sólo se había producido este fenómeno en relación con los bienes adjudicados en diciembre de 1759?

Los interrogantes podían multiplicarse *n* veces. Y la sala espera que el debate que ahora se inicia permita su respuesta adecuada, para bien de todos.

Comparte la sala la crítica que el ponente hace a la conducta de los defensores de los intereses nacionales. Crítica que no es insólita y que pone una vez más de presente que, como se oye con impresionante y desoladora frecuencia, "Colombia no tiene quien la quiera", o "Colombia, país sin dolientes".

Finalmente, todo lo expuesto da a entender que si se acogiera la tesis esgrimida por el señor apoderado de la nación en el recurso de súplica (la operancia de la prescripción extraordinaria), en el caso concreto habría que inadmitir la demanda por que el primer acto impugnado, la resolución No. 113, se dictó el 29 de mayo de 1971 y la demanda se presentó el 16 de septiembre de 1991, o declarar la excepción de prescripción en el fallo definitivo, aún de oficio como lo impone el art. 164 del C.C.A.

Por lo expuesto, la sala de decisión,

RESUELVE:

1) Revócase el auto de 10 de octubre de 1991 dictado por el señor consejero ponente, aunque por razones distintas a las expuestas por los recurrentes.

2) Admítase la demanda presentada por la Nación-Ministerio de Minas y Energía, Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

3) Notifíquese personalmente al agente del Ministerio Público y las siguientes personas: Lucila Villamil vda. de Martínez, Cecilia Martínez de Hernández, María de la Cruz Martínez Villamil, Lucy Martínez Villamil, Jorge Martínez Villamil, Luis Enrique Martínez Villamil, Rafael Martínez Villamil, José María Uscátegui Murillo, Enrique Caballero Escovar, Jesús Antonio de Guzmán, Ojilio Vargas, Hernando Casas F., Camilo Delgado Uribe, Jorge Enrique Delgado Uribe, Alberto Restrepo Delgado, Fernando Restrepo Delgado, Guillermo Restrepo Delgado, Beatriz Restrepo Delgado,

Doris Restrepo de Uribe, Elena Restrepo de Alvarez, Maud Helena Cortés de González, Helena Cecilia Cortés de González, Cecilia Cortés de Lema, Fabio Arango Mejía, Jacoba Genoveva Sánchez de Delgado, Guillermo de Jesús Delgado Sánchez, Jorge Enrique Delgado Sánchez, Ana Jiménez de Pombo, María Jiménez de Piñeres, Arturo Jiménez Pombo, Clara Inés Pombo de Krohne, Sergio Pombo Jiménez, Jorge Pombo Jiménez, Elvira Jimeno de Pineda, Francisco Pineda Jimeno, Juan Pineda Jimeno, José Manuel Pineda Jimeno, Elvira Pineda Jimeno, Margarita Pineda Jimeno, María Pineda Jimeno, Inocenta de Miranda, Ana Pombo de Lorenzana, Clementina Pombo de Forero, María Georgina Sarmiento de Leal, Elvira Sarmiento Alarcón y Jesús Alberto Sarmiento Alarcón, o, a quienes sus derechos representen.

Si no fuere posible hacer las notificaciones personales ordenadas, se le dará cumplimiento al numeral 3 del artículo 207 del C.C.A. (46 del decreto 2304 de 1989).

4) Ffjese el proceso en lista por el término de 5 días para los efectos de ley.

5) Solicítese a la parte demandante el envío de los antecedentes administrativos del presente asunto, dentro del término de 15 días.

6) Téñese a la Asociación Nacional de Abogados Litigantes "Andal" como parte coadyuvante de la Nación, representada por su director ejecutivo, Doctor Carlos José Castro F.

7) Reconócese como apoderado de la nación, en sustitución del Doctor Edgar Francisco París S., al Doctor Jorge Valencia Arango en los términos del poder que obra al folio 266.

8) La parte demandante deberá informar las direcciones de las personas demandadas o manifestar si las ignora (numeral 3); y suministrar las copias de la demanda y sus anexos para el traslado de rigor.

COPIESE Y NOTIFIQUESE

Esta providencia fué aprobada por la sala en su sesión celebrada el día 21 de noviembre de 1991.

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

CONTRATO ADICIONAL/PLAZO—Prórroga/HIPOTESIS DEL NO DERECHO

En el *sub-lite* se observa que la prórroga del contrato no alcanzó a generar efectos en derecho, pues no fué otorgada por funcionario competente. En el manejo de la contratación administrativa colombiana, la puesta en marcha de la filosofía del no-derecho impresiona. Se firman los actos jurídicos acordando el precio, el plazo, la calidad de la obra, etc. y a renglón seguido se empiezan a ingeniar todos los mecanismos para eludir la normatividad comercial. Se amplían plazos sin suscribir el contrato adicional, se aumentan los precios sin sujeción a lo acordado inicialmente, etc. Pero no puede olvidarse que por mandato constitucional el juez está vinculado a la ley, no siéndole posible, en casos de violación flagrante de ésta, dar entrada a un criterio auxiliar de la administración de justicia, como lo es el de la equidad.

LIQUIDACION DEL CONTRATO/CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

El contratista puede atacar el alcance del Acta de Liquidación del contrato, en acción también contractual, quedando así la vía abierta para la acumulación de ambos procesos, evitando que se rompa la continen- cia de la causa. Es lógico que si el acta de liquidación no se impugna, ella conserva su presunción de legalidad y, por lo mismo, incidirá, con todo su temperamento en la decisión del conflicto.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Santafé de Bogotá, D. C., noviembre veintidós (22) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Doctor Julio César Uribe Acosta.*

Referencia: Expediente No. 6129. Actor: Sociedad Fergil's y Bonaire Ltda.
Demandado: Instituto de los Seguros Sociales.

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 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el día diez y seis (16) de noviembre de mil novecientos ochenta y nueve (1989), que en su parte resolutive dispuso:

“PRIMERO.— Declárase infundadas las excepciones de inepta demanda, indebida representación y falta de aceptación del mandato.

“SEGUNDO.— Declárase probada la excepción de contrato no cumplido y, en consecuencia, deniéganse las pretensiones de la demanda.

“TERCERO.— Condénase al demandante al pago de las costas procesales”. (folio 166 Cdo. 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 discurre dentro del siguiente universo:

“En demanda legalmente presentada ante esta Corporación la Sociedad FERGIL'S y BONAIRE LTDA., por intermedio de apoderado, solicita que se hagan las siguientes declaraciones y condenas:

“1a. Que el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES incumplió el contrato número 762 que éste celebró con FERGIL'S Y BONAIRE LTDA., sobre la compra de elementos de cocina y comedor.

“2a. Que como consecuencia de lo anterior, el Instituto de Seguros Sociales debe pagar a FERGIL'S Y BONAIRE LTDA., el predio del contrato junto con todos los daños y perjuicios derivados del incumplimiento incluídos el daño emergente y el lucro cesante, los cuales se determinarán y liquidarán en la forma prevista en los artículos 72 y 178 del Código Contencioso Administrativo en armonía con el artículo 308 del de Procedimiento Civil”.

“Como hechos, fuente de las pretensiones procesales, narra la demanda los siguientes:

“1o. FERGIL'S Y BONAIRE LTDA., celebró con el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES el contrato No. 762 por medio del cual se obligó a vender al INSTITUTO y éste a comprar una cantidad de elementos y equipos destinados a la cocina y comedor de la Clínica San Pedro Claver, según detalle que aparece en el mismo contrato, todo por

valor de ONCE MILLONES NOVECIENTOS CUARENTA Y SIETE MIL NOVECIENTOS TREINTA Y SIETE PESOS CON 60/100 (\$11.947.937.60) M/CTE.

"2o.— El contratista FERGIL'S Y BONAIRE LTDA., se comprometió a entregar los elementos objeto del contrato en el plazo de sesenta días contados a partir de la fecha de entrega del anticipo; como éste fué recibido por el contratista el día 16 de noviembre de 1982, el plazo para la entrega de los elementos objeto del contrato se venció el día 24 de enero de 1983.

"3o. El contratista FERGIL'S Y BONAIRE LTDA., tuvo listos para entregar e instalar todos los elementos y equipos contratados mucho antes de la fecha de vencimiento del plazo pactado para ello, desde el 11 de enero de 1983 solicitó se le recibieran parcialmente unidades de los elementos y equipos contratados e inclusive con fechas enero 18 y febrero 18 de 1983 despachó y entregó al INSTITUTO parte de los mismos.

"4o.— EL INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES dejó en calidad de depósito los elementos entregados por FERGIL'S Y BONAIRE LTDA., y se abstuvo de recibirlos oficialmente, así como se abstuvo de permitir la entrega y de recibir oficialmente todos los elementos objeto de contrato, por razón de que no tenía listas, ni había hecho las remodelaciones y obras civiles necesarias en el edificio de la Clínica San Pedro Claver que previamente deben estar terminadas y que son indispensables para que puedan instalarse y ponerse en funcionamiento algunos de los equipos contratados.

"5o.— Para tratar de solucionar el problema las partes acordaron primeramente prorrogar el plazo del contrato y posteriormente suspenderlo, pero ni la prórroga ni la suspensión fueron debidamente legalizadas, ya que no pasaron de ser recomendaciones acogidas en el Comité Asesor de Adjudicaciones y en un acta suscrita entre Contratista e Interventor, pero nunca fueron elevadas a adiciones o modificaciones del contrato ni aprobadas por el representante legal del Instituto.

"6o.— Las omisiones por parte del INSTITUTO constituyen un claro incumplimiento del contrato ya que por una parte se abstuvo de recibir oportunamente los elementos contratados y por otra, no estuvo en condiciones de permitir la adecuada entrega de los equipos que requieren acondicionamiento previo de obras civiles para su instalación, lo cual implica concretamente violación de las cláusulas PRIMERA, SEGUNDA Y TERCERA del mencionado contrato.

"7o.— EL INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES no ha expedido certificación de entrega de los elementos contratados a entera satisfacción,

de que trata la cláusula segunda del contrato, ni ha pagado el cincuenta por ciento (50%) restante del valor del mismo".

.....

.....

.....

"CONSIDERACIONES DE LA SALA:

"Busca la demanda la declaratoria de incumplimiento por parte del Instituto de Seguros Sociales del Contrato No. 762 celebrado el 8 de octubre de 1982 entre dicha entidad y la sociedad FERGIL'S BONAI-RE LTDA., hoy demandante, con el objeto de entregar por parte de esta última, a título de compraventa a favor del Instituto, bienes muebles descritos en 57 items, contemplados en la cláusula primera del negocio jurídico. Como consecuencia de la declaratoria del incumplimiento pide la demandante que se condene al Instituto de Seguros Sociales a pagarle el precio del contrato, además de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento pero sin especificar en que consistieron.

"Como ya se vió, la demanda se funda en que el contratista se comprometió a entregar los elementos objeto del contrato dentro de un término de sesenta días contados a partir de la fecha de pago del anticipo que lo fué el 16 de noviembre de 1982, por lo cual contaba con un plazo que vencía, según lo establece la misma demanda en el hecho 2o. *el día 24 de enero de 1983*. Según la demanda tuvo listos para entregar e instalar todos los elementos antes de la fecha de vencimiento del plazo, "... desde el 11 de enero de 1983 solicitó se le recibieran parcialmente unidades de los elementos y equipos contratados *e inclusive con fechas enero 18 y febrero 18 de 1983* despachó y entregó al INSTITUTO parte de los mismos" (Subrayas fuera del texto). Los muebles entregados fueron dejados en depósito y el demandado se abstuvo de recibirlos oficialmente porque no había hecho las remodelaciones y obras necesarias para la instalación de los equipos y los contratantes acordaron primeramente prorrogar el plazo del contrato y luego suspenderlo, pero esas prórrogas y suspensión del mismo "*... nunca fueron elevadas a adiciones o modificaciones del contrato* ni aprobadas por el representante legal del Instituto" (hecho 5o., subrayas fuera del texto).

"Termina el actor afirmando que las omisiones por parte del Instituto constituyen incumplimiento ya que "... se abstuvo de recibir oportunamente los elementos contratados... y no estuvo en condiciones de permitir la adecuada entrega de los equipos que requieren acondicionamiento previo de obras civiles para su instalación...", por lo cual se violaron las cláusulas PRIMERA, SEGUNDA y TERCERA del contrato, dado que el Instituto no ha expedido certificación de entrega de los muebles ni pagado el 50% restante el valor del mismo.

“La parte demandada propuso dos clases de excepciones; Unas que corresponden a aquellas que en el procedimiento civil se denominan previas, cuya demostración tiene como consecuencia un fallo inhibitorio, y otras de fondo que se oponen directamente a la prosperidad de la pretensión.

“Las primeras que denomina “... observaciones que incidirán en el desarrollo de este proceso...”, son las siguientes:

“a) La demanda establece una cuantía superior a quince millones, pero no la explica en forma razonada como lo establece la ley, por lo cual la demanda no reúne este presupuesto procesal.

“Realmente la demanda carece del razonamiento adecuado para establecer la cuantía, pero de los hechos de la misma y de las pretensiones procesales se desprende claramente que por lo menos una de ellas, la que se refiere al precio del contrato, es igual al 50% del valor total del mismo, lo que equivale a \$5.937.968.00, razón por la cual la competencia para conocer del proceso se establece claramente; por lo tanto la Sala considera, en aplicación del artículo 4 del C. de P. C., que a pesar de la apreciación defectuosa, la cuantía es fácilmente determinable y la excepción no está llamada a prosperar.

“b) El certificado expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá acredita la constitución legal de la sociedad actora FERGIL'S BONAIRE LTDA., y enumera las facultades de su gerente sin que se encuentre dentro de ellas “... representar a la firma, por activa y por pasiva, ante las autoridades de la rama jurisdiccional...” lo cual afecta la personería de la parte actora.

“Conforme al certificado de existencia y representación de la sociedad que obra a folios 60 y 61, las facultades del gerente, comprenden “... H. — Representar, comprometer y obrar en nombre de la sociedad en todas las funciones que por naturaleza de su cargo le corresponden en armonía con los presentes estatutos...” y no cabe duda de que dentro de esta facultad general de representación se encuentra, por la naturaleza del cargo de gerente, la representación judicial y con ella la de conferir los poderes respectivos, razón por la cual la excepción debe ser desestimada.

“c) El apoderado de la sociedad demandante “... se abstuvo de manifestar la aceptación del poder que le fué conferido...”.

“Tal como lo dispone el artículo 2144 del C.C. los servicios relacionados con profesiones que suponen largos estudios o a los cuales está unida la facultad de representar, como la del derecho, están sujetas a las

reglas del mandato y éste sólo se reputa perfecto con la aceptación del mandatario. Pero tal aceptación puede ser expresa o tácita y "Aceptación tácita es todo acto en ejecución del mandato" (artículo 2150 ibídem).

"En el presente caso salta a la vista que el poder otorgado por la demandante no fué aceptado expresamente por el apoderado (fol. 1), pero también se hace notorio que éste realizó actos de ejecución del mismo, como lo es la presentación de la demanda (fol. 6 vto.), con lo cual no existe duda alguna de que el mandato fué aceptado tácitamente, razón suficiente para que la excepción sea infundada.

"Como medios exceptivos "de fondo" se propusieron "la inexistencia de la obligación, "el cobro de lo no debido", *la falta de cumplimiento de las prestaciones que incumben al actor*" y el genérico relacionado con los demás que se hubieren demostrado dentro del proceso.

"Las dos primeras excepciones carecen de sustento de hecho ya que la demanda no lo enuncia. La Sala, en consecuencia, procede a estudiar la denominada "... falta de cumplimiento de las prestaciones que incumben al actor" que, por otra parte, debidamente interpretada como excepción de contrato no cumplido, está llamada a prosperar.

"En efecto, del contexto de la contestación de la demanda se infiere en forma por demás clara que el Instituto de Seguros Sociales funda su defensa especialmente en la aplicación al caso en estudio del artículo 1609 del C.C. según el cual "*En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos*", norma esta que consagra la denominada *exceptio non adimpleti contractus*, o excepción de contrato no cumplido.

"La Sociedad FERGIL'S BONAIRE LTDA., incumplió totalmente las obligaciones que a su cargo se generaron en el contrato y, por tanto, "... carece de acción para recabar compensaciones emanadas del mismo convenio a cargo de la otra parte ligada al contrato", dice la parte demandada.

"Ahora bien: conforme a los términos del contrato, el contratista se obligó a entregar a título de compraventa, elementos que se describen en forma específica en 57 ítems, por un valor total de \$11.947.937.60 (Cláusula primera) "... de acuerdo con las condiciones exigidas en el pliego y en el sitio que señale EL INSTITUTO, *en un plazo máximo de sesenta (60) días contados a partir de la fecha de entrega del anticipo*, para lo cual el CONTRATISTA se compromete a dar aviso escrito al INSTITUTO..." (Subrayas fuera del texto—Cláusula tercera).

“Por su parte el contratante acepta que el valor del contrato es la suma de \$11.947.937.60 “... que pagará al CONTRATISTA con carta de crédito, en la siguiente forma: A) Un cincuenta por ciento (50%) o sea, la cantidad de CINCO MILLONES NOVECIENTOS SETENTA Y TRES MIL NOVECIENTOS SESENTA Y OCHO PESOS CON OCHENTA CENTAVOS (\$5'937.968.80) M/cte., *como anticipo, una vez perfeccionado el contrato;* y B) El cincuenta por ciento (50%) restante *previa certificación de entrega de los elementos a entera satisfacción*”. (Cláusula segunda).

“De acuerdo con la demanda (hecho 2o.) y el documento que obra al folio 16, el anticipo fué pagado el 16 de noviembre de 1982, por lo cual a partir de tal fecha la actora contaba con sesenta días para entregar al Instituto la totalidad de los elementos objeto del contrato y solamente una vez cumplida esta obligación surgía para el contratante la obligación de cancelar el 50% restante del valor del contrato.

“La actora afirma que el plazo de 60 días se le venció el 24 de enero de 1983 (hecho 2o.), pero la parte demandada interpreta el contrato en el sentido de que tal término se debía contar en días hábiles y, por tanto, su vencimiento se produjo el 24 de febrero del mismo año (fol. 54). Es decir, en el mejor de los casos y acogiendo la interpretación de la parte demandada, FERGIL'S BONAIRE LTDA., debía cumplir totalmente sus obligaciones a más tardar el 24 de febrero de 1982.

“De las mismas pruebas aportadas con la demanda se desprende en forma nítida y evidente el incumplimiento de sus obligaciones contractuales por parte del contratista ya que, según los documentos aportados, dentro del término únicamente hizo entrega al Instituto de elementos correspondientes a diez de los cincuenta y siete items, y en algunos de esos diez en forma parcial. Tales entregas se produjeron el 18 de enero de 1983 y el 18 de febrero del mismo año (fols. 18 y 20).

“Posteriormente, en fechas comprendidas entre el 30 de septiembre de 1983 y enero de 1984, según la actora fueron entregados en calidad de depósito otros artículos correspondientes a distintos items cuyos elementos fueron parcialmente entregados. (fols. 22 a 29A). Se anota que las últimas entregas no están debidamente demostradas porque los oficios de remisión carecen de nota de recibo por parte del Instituto.

“Así las cosas el contratista solicita el 17 de diciembre de 1982, una prórroga de 60 días “... para aislar los cuartos fríos que no han sido demolidos y conectar los equipos de acuerdo a la remodelación de la cocina”. (fol. 30). Tal prórroga fue autorizada por el Comité Asesor de Adjudicaciones del ISS (fol. 31) hasta el 16 de marzo de 1983. El demandante pide otro plazo hasta el 15 de mayo de 1983 (fol. 34) y luego se-

licita el 14 de noviembre de 1983 (fol. 37) la suspensión del contrato aduciendo que “... *La terminación de los equipos y la instalación de los mismos quedarán amparados por la póliza general de cumplimiento respectiva*” (subrayas de la Sala) y, como consecuencia de tal petición, se suscribe un acta de suspensión temporal entre el intervector y el representante del actor, suspensión que comprendería entre el 8 de marzo de 1983 y el 23 de febrero de 1984 (fol. 41).

“Las prórrogas y suspensión del contrato, tal como lo acepta la demanda (hecho 5o.) nunca se legalizaron puesto que “... nunca fueron elevadas a adiciones o modificaciones del contrato ni aprobadas por el representante legal del Instituto” y de todas maneras no habrían tenido validez alguna puesto que para que la suspensión temporal se produzca conforme al artículo 57 del Decreto 222 de 1983, es necesario que el plazo no haya vencido (es apenas obvio que si el plazo se cumplió no hay nada que suspender), y conforme al último inciso del artículo 58 ibídem los plazos vencidos no pueden prorrogarse en ningún caso.

“A pesar de las anteriores circunstancias el Instituto el 12 de diciembre de 1983 solicita al contratista “... hacer entrega y proceder a la instalación de los elementos objeto del contrato No. 762 de octubre de 1982...” “... interrumpido por no contar la clínica con las instalaciones civiles apropiadas en la cocina general” “... El plazo para cumplir la totalidad del presente contrato será hasta el 23 de febrero de 1984” (fol. 43) y el contratista en enero 6 de 1984 pide una modificación del contrato indicando que los equipos se encuentran fabricados desde “... el 16 de marzo de 1983...” es decir, después del plazo pactado (fl. 44). El 2 de febrero el Instituto recuerda al contratista que el último plazo para la entrega de los cuartos fríos vence el 28 del mismo mes y “... no se han reiniciado los trabajos correspondientes” (fol. 47) y el contratista el 13 de febrero de 1984 solicita una nueva prórroga esta vez aduciendo que “... no se ha legalizado el otro sí correspondiente” (fol. 48) para luego el 23 de marzo de 1984 pedir reajuste de precios (fol. 49) y el 6 de junio de 1984 que se le paguen perjuicios (?) (fol. 56).

“Sin tener en cuenta los hechos precedentes el 8 de mayo de 1984 el Instituto concede un plazo de ocho días para “... proceder a la entrega de la totalidad de los muebles que se habían contratado...” (fol. 52) y en agosto 10 del mismo año le informa al contratista que previa verificación de la calidad de los mismos “... procederá a expedir el documento de recibo a satisfacción de todos aquellos elementos en depósito en la Clínica San Pedro Claver, ...” y que ha procedido a nombrar liquidadores del contrato (fol. 58). En junio 6 el contratante había manifestado estar de acuerdo con la liquidación (fol. 56) conforme al documento cuya fotocopia obra al folio 13 del cuaderno 2. El día 21 de agosto de 1984, previa citación del representante de la firma demandante, se reu-

nieron las personas designadas por el ISS para liquidar el contrato con el revisor autorizado por el Auditor Regional, pero ante la ausencia del representante del contratista la reunión fué disuelta.

“Dentro del proceso se practicó dictamen pericial que confirma que en enero 18 de 1983 y febrero 19 del mismo año se entregaron algunos elementos correspondientes a diez items, que el Instituto recibió y, que con fechas septiembre 27, diciembre 26, diciembre 27, diciembre 28 de 1983 y enero 2 de 1984 fueron entregados “...en calidad de depósito o bodegaje...” elementos comprendidos en otros veintidos items. Es decir, entre los elementos recibidos legalmente y los entregados en bodegaje el contratista entregó parcialmente los que correspondían a 32 items de un total de 57 (fol. 118, 119 y 120), parte de los cuales fueron retirados posteriormente por el contratista.

“Además, el Director General del ISS en informe rendido bajo juramento a solicitud de este Tribunal declara que los elementos depositados (correspondientes a 22 items) no fueron legalmente recibidos por no cumplir con las especificaciones y calidades contratadas puesto que adolecían de diversos defectos (fols. 201 a 206, cuad. 2).

“La demandante alega que el contratante se abstuvo de recibir oficialmente los elementos objeto del contrato porque no había hecho las remodelaciones y obras civiles necesarias en la Clínica San Pedro Claver para la instalación de algunos de los equipos, pero esto es solo parcialmente cierto según se desprende de los documentos aportados (fols. 36, 41, 43) porque solamente una parte de los elementos necesitaban ser instalados y, además, parte de obras fueron contratadas con la misma sociedad demandante, quien tampoco cumplió su ejecución; así lo estableció tanto los señores peritos (fols. 121, 122 y 124) como el informe juramento del Director del ISS (fol. 205 cuad. 2).

“Según documento que obra a folios 6 y 7 del cuaderno 2, que contiene el proyecto de liquidación del contrato, el Instituto solamente recibió elementos por la suma de \$893.445.90 y el anticipo recibido por la firma demandante, como ya se dijo, fue de \$5'973.968.80, lo cual indica la magnitud del incumplimiento del contratista.

“En conclusión, para que las pretensiones de la demanda pudieran prosperar el actor tenía que demostrar que dentro de los sesenta días siguientes al pago del anticipo había cumplido con la totalidad de las obligaciones que se produjeron a su cargo como consecuencia del contrato, o se había allanado a cumplirlas lo cual debía probar plenamente estableciendo sin lugar a dudas que dentro del término había puesto a disposición del ISS los elementos integrantes de los 57 items con las calidades y requisitos pactados, además de que contaba con la capa-

cidad para instalar aquellos que así lo requerían y que si no había podido cumplir con la instalación ello se debía a la imposibilidad de hacerlo como consecuencia de las omisiones del demandado.

“Pero por el contrario, todos los elementos probatorios allegados al proceso indican que el contratista incumplió casi totalmente sus obligaciones ya que dentro del plazo solamente entregó una parte de los elementos que correspondían a diez ítems de un total de cincuenta y siete; la parte que trató de entregar con posterioridad al plazo no cumplía con los requisitos de calidad exigidos; y pese a la magnanimidad de la entidad administrativa que trató hasta de conceder prórrogas no ajustadas a la ley, el actor aproximadamente un año y medio después de vencido el término aún no estaba en condiciones de cumplir con su deber jurídico.

“Por otra parte, del texto del contrato se desprende que el Instituto no tenía ni tiene ninguna obligación a su cargo puesto que, pagado el anticipo, el otro 50% del precio del contrato solamente se hacía exigible una vez recibidos a entera satisfacción la totalidad de los elementos objeto del contrato y como tal entrega nunca se produjo la obligación tampoco se causó.

“Dentro del plenario se recibieron declaraciones de empleados de la firma demandante y de personas comercialmente allegadas a ella (fols. 88 a 94) pero aportan muy pocos elementos de prueba. Su credibilidad es mínima si se tiene en cuenta que algunos de sus dichos están desvirtuados con pruebas documentales.

“Corolario de todo lo anterior es que en el caso *sublite* el incumplimiento del contrato se produjo por parte del contratista demandante quien no cumplió ni se allanó a cumplir sus obligaciones, siendo así que el demandado no estaba obligado a cumplir ninguna porque la existencia de la suya dependía del cumplimiento previo del demandante, lo cual da lugar a que se dé uno de los supuestos dentro de los cuales la excepción de contrato no cumplido se puede proponer con éxito.

“Se encuentra, pues, demostrada plenamente la *exceptio non adimpleti contractus*, la cual al ser probada lleva siempre consigo la inexistencia de legitimación en la causa por activa del demandante, dado que la ley solamente otorga vocación jurídica para la pretensión indemnizatoria derivada del contrato al contratante cumplido, por lo cual se declarará probada tal excepción y, por tanto, se denegarán las súplicas de la demanda”. (folios 157 a 166 Cdno. No. 1).

II

SUSTENTACION DEL RECURSO

A folio 167 del Cdno. No. 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, para lo cual argumenta dentro del siguiente temperamento:

“Fundo el recurso en que ese H. Tribunal ha apreciado equivocada y erróneamente las pruebas aportadas al proceso y que obran en el expediente, tales como el contrato que sustenta la demanda y las actas levantadas entre las partes durante el desarrollo y ejecución de ese contrato, lo que lo llevó a no ver demostrado, como lo está, que la sociedad demandante si cumplió estrictamente con las obligaciones a su cargo surgidas del mismo y que en todo momento estuvo dispuesta a cumplir estrictamente con todo lo que dependía de la institución demandada, y que no se pudo llevar a efecto precisamente por la renuencia a cumplir y a no hacer aquello a que estaba obligada por la naturaleza y contenido del mismo contrato, la entidad demandada, que en verdad fue la incumplida”.

III

VISTA FISCAL:

El Fiscal Octavo de la Corporación, Dr. JAIME MOSSOS GUARNIZO, en su concepto de fondo, *OBSERVA*:

“Esta Agencia del Ministerio Público comparte lo decidido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, pues, efectivamente, de las pruebas allegadas al proceso se observa que no está demostrado que la firma en mención haya entregado en su totalidad los elementos estipulados en el citado contrato.

“Ahora, del análisis de las pruebas aportadas al proceso, se llega a la conclusión que la firma FERGIL'S BONAIRE LTDA., fue la que incumplió el contrato 762, celebrado con el Instituto de los Seguros Sociales, pues precisamente, en el momento de realizar el proyecto de liquidación del contrato, el Instituto informó que la firma contratista había hecho entrega de un valor de \$893.445,90 del anticipo dado a ella de \$5.973.968.80, equivalente al 50% del valor total.

“Por consiguiente, solicita al H. Consejo de Estado, se confirme la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 16 de noviembre de 1989”. (Folios 180 a 181 Cdno. No. 1).

IV

CONSIDERACIONES DE LA SALA

A) La sentencia apelada será confirmada, pues en ella se hace una seria y jurídica valoración de todas las circunstancias particulares del caso.

Dentro del proceso quedaron debidamente probados los siguientes hechos:

PRIMERO: Que el día ocho (8) de octubre de mil novecientos ochenta y dos (1982), el Gerente de la Seccional Cundinamarca y D. E. del Instituto de Seguros Sociales suscribió con la sociedad "FERGIL'S Y BONAIRE LTDA.", el contrato No. 762, en virtud del cual el contratista se obligó para con el citado instituto a entregar, a título de compra-venta, los elementos que en el mismo se describen, por un precio de ONCE MILLONES NOVECIENTOS CUARENTA Y SIETE MIL NOVECIENTOS TREINTA Y SIETE PESOS CON SESENTA CENTAVOS (\$11.947.937.60), los cuales debían ser entregados "... en el sitio que señale el Instituto, en un plazo máximo de sesenta (60) días contados a partir de la fecha de entrega del anticipo...". (C.1, fol. 7 y ss.ss);

SEGUNDA: Que el día dieciseis (16) de noviembre de mil novecientos ochenta y dos (1982), el contratista recibió del Instituto de Seguros Sociales el ANTICIPO DE CINCO MILLONES NOVECIENTOS SETENTA Y TRES MIL NOVECIENTOS SESENTA Y OCHO PESOS (\$5.937.968.00), esto es, el cincuenta por ciento (50%) del valor total del contrato. (C. 1, fol. 16).

TERCERA: Que para el día dieciseis (16) de enero de mil novecientos ochenta y tres (1983), momento en el tiempo físico en que se venció el plazo acordado en el contrato, el contratista sólo había hecho los siguientes despachos, y en las fechas que a continuación se relacionan:

| | | |
|-------------------|-----------------------------|-----------------|
| PRIMERA REMISION: | Enero 18 de 1983 | \$ 496.239.35 |
| SEGUNDA REMISION: | Febrero 18 de 1983 | \$ 700.962.00 |
| TERCERA REMISION: | Septiembre 27 de 1983 | \$ 1.675.500.00 |
| CUARTA REMISION: | Diciembre 26 de 1983 | \$ 345.400.00 |
| QUINTA REMISION: | Diciembre 26 de 1983 | \$ 839.050.00 |
| SEXTA REMISION: | Diciembre 27 de 1983 | \$ 514.400.00 |
| SEPTIMA REMISION: | Diciembre 27 de 1983 | \$ 928.150.00 |
| OCTAVA REMISION: | Diciembre 27 de 1983 | \$ 671.530.00 |
| NOVENA REMISION: | Diciembre 28 de 1983 | \$ 582.000.00 |
| DECIMA REMISION: | Enero 2 de 1984 | \$ 136.000.00 |

TOTAL

| | |
|--|-----------------|
| | \$ 6.889.231.35 |
|--|-----------------|

SECCION TERCERA

CUARTA: Que durante los días 10 y 11 de septiembre de mil novecientos ochenta y cuatro (1984), la administración liquidó unilateralmente el contrato, pues el contratista, no obstante haber sido citado con oficio No. 209 del 7 de septiembre de ese mismo año, no se hizo presente. Esta liquidación fué aprobada por el Gerente del Instituto de Seguros Sociales Cundinamarca y Distrito Especial, por medio de la Resolución No. 002712 de 16 de mayo de mil novecientos ochenta y cinco (1985), notificada por Edicto que se fijó el 19 de diciembre de 1985 y se desfijó el 30 del mismo mes y año.

QUINTA: Que en el texto del acta de liquidación se enlistan los elementos que no se reciben, ora por no cumplir con las especificaciones contractuales, ora por inconvenientes de distinta naturaleza, registrándose al final el siguiente balance:

“ITEM 1.— 1 báscula, fué retirada por el proveedor —No se recibe.

“ITEM 2.— 1 báscula de reloj tipo mostrador, fué retirada por el proveedor, no se recibe.

“ITEM 3.— 3 carros transportadores de mercado; fueron puestos a prueba de resistencia, la que soportó adecuadamente, pero con el pero (sic) no fué posible moverlos por problemas de las ruedas. Por lo anterior no es conveniente su recibo.

“ITEM 4.— 3 tinas transportadoras de carne: no cumplen las especificaciones del pliego (sic), que manifiesta que las ruedas estarán montadas sobre tubo cromado; las que se entregaron están colocadas sobre lámina.

“ITEM 5.— 3 mesas de trabajo: se reciben dos que se encuentran bien terminadas y en calidad, una restante no está en la Clínica San Pedro Claver.

“ITEM 6.— 1 estantería en lámina galvanizada: Se le informó al representante de Fergil's y Bonaire sobre la posibilidad de armar la estantería, para el recibo correspondiente, él consideró que lo más importante era recibir como se encontraba. Por lo tanto no es conveniente su recibo.

“ITEM 7.— 1 estantería en lámina galvanizada: Se le informó al representante de Fergil's y Bonaire sobre la posibilidad de armar la estantería para el recibo correspondiente, él consideró que lo más importante era recibir como se encontraba, por lo que creo no es conveniente su recibo.

“ITEM 8.— 6 recipientes en lámina galvanizada: No se reciben porque los tornillos que unen el recipiente con la base se desprenden fácilmente.

te, la soldadura en mal estado, su pulimiento es malo, se desprenden las patas.

“ITEM 9.— 1 cuarto frío para leches y derivados: No se recibe puesto que no se encuentra terminada su instalación, es conveniente conseguir un experto que avalúe los trabajos realizados hasta la fecha para proceder a la liquidación de éste item. Ver cláusula” por conducto de funcionarios especializados a su servicio o a través de laboratorios o entidades especializadas.

“ITEM 10.— 1 cuarto frío para congelar carnes: no se recibe, ya que no se encuentra terminada su instalación, conviene que el trabajo realizado sea avaluado por un experto para proceder a la liquidación. (ver cláusula cuarta).

“ITEM 11.— 1 cuarto frío para carnes: no se recibe, ya que no se encuentra terminada su instalación; conviene que el trabajo realizado se avalue por un experto para proceder a la liquidación. (ver cláusula cuarta del contrato).

“ITEM 12.— 1 cuarto frío para legumbres y verduras: no se recibe puesto que no se encuentra terminada la instalación; conviene que el trabajo efectuado hasta la fecha sea avaluado por un experto, para proceder a la liquidación correspondiente.

“ITEM 13.— 1 cuarto frío para alimentos varios: no se recibe; puesto que no se encuentra terminada la instalación es conveniente que el trabajo efectuado hasta la fecha sea avaluado por un experto, para proceder a la liquidación correspondiente.

“ITEM 14.— 1 estantería en acero inoxidable: se le informó al representante de Fergil's y Bonaire sobre la posibilidad de armar la estantería para el recibo, él considera que se reciba sin armar, lo cual no es conveniente.

“ITEM 16.— 5 mesas metálicas con tapa de guayacán: No fue remitida a la Clínica San Pedro Claver, por el contratista, no se reciben.

“ITEM 17.— 3 mesas para cocina con tapa en acero inoxidable: Se reciben 2 (dos), 1 está en mal estado (torcida) por este motivo no se recibe.

“ITEM 19.— 10 armarios metálicos: se reciben siete (7); se rechazan tres (3) por estar en láminas interiores remachadas en la parte media, no cumplen satisfactoriamente.

“ITEM 20.— 2 congeladores para pescado: fueron retirados por el contratista, no se reciben.

SECCION TERCERA

“ITEM 21.— 13 mesas metálicas, tapa acero inoxidable: se reciben ocho (8), las cuatro (4) restantes no cumplen a satisfacción, pues están torcidas, por lo cual no se reciben.

“ITEM 24.— 18 canastillas en acero inoxidable: no se reciben porque los tornillos que fijan la tina al carro transportador se desprenden fácilmente por ser muy débiles.

“ITEM 25.— 1 balanza de mesa eléctrica: no fue remitida a la Clínica San Pedro Claver por el Contratista. No se recibe.

“ITEM 27.— 2 Exprimidores en acero inoxidable: no fueron remitidos a la Clínica San Pedro Claver por el Contratista. No se reciben.

“ITEM 29.— 4 Vertederos con escurridor: no se reciben por no estar instalados. NOTA: Se acoge el concepto del contrato en la Hoja No. 6, que dice “PARAGRAFO: El Contratista garantiza que los elementos descritos en ésta cláusula reúnen todas las especificaciones y calidades consignadas en su propuesta, y se obliga a cumplir con todos los requisitos exigidos en el “Pliego de Condiciones” que dió origen a este contrato, especialmente en lo que se refiere a instalación, garantía, mantenimiento y suministro de repuestos”.

“ITEM 30.— 2 Vertederos simples: no se reciben por no estar instalados, ver nota del ítem 29.

“ITEM 31.— 2 Vertederos dobles con escurridor: No se reciben ver nota del ítem 29.

“ITEM 32.— 3 Vertederos dobles: no se reciben por no encontrarse instalados, ver nota del ítem 29.

“ITEM 33.— 2 Vertederos con escurrideros: no se reciben por no estar instalados. Ver nota ítem 29.

“ITEM 34.— 1 Vertedero doble con dos escurrideros: No se reciben por no estar instalados. Ver nota ítem 29.

“ITEM 41.— 2 hornos eléctricos: No fué remitido a la Clínica San Pedro Claver por el Contratista No se reciben.

“ITEM 42.— 1 estufa a gas: No se recibe por no estar instalada. Ver nota ítem 29.

“ITEM 43.— 4 estufas a gas: No se reciben por no estar instaladas. Ver nota del ítem 29.

"ITEM 44.— 4 plantas asadoras: No se reciben por no estar instaladas. Ver nota ítem 29.

"ITEM 45.— 3 Freidoras a Gas: No se reciben por no estar instaladas. Ver nota ítem 29.

"ITEM 46.— 3 Autoclaves a vapor: No se reciben por no estar instaladas. Ver nota ítem 29.

"ITEM 48.— 1 Baño María: instalado parcialmente. No se recibe por no estar totalmente instalado. Ver nota ítem 29.

"ITEM 50.— 5 Grecas con capacidad para 120 tintos. No fueron remitidas a la Clínica San Pedro Claver por el Contratista. No se recibe.

"ITEM 51.— 1 máquina para helados. No fue (sic) remitida a la Clínica San Pedro Claver por el contratista no se recibe

"ITEM 53.— 1 Conservador de helados: fué retirado por el contratista. No se recibe.

"ITEM 54.— 1 nevera de 34 pies: no fué remitida a la Clínica San Pedro Claver por el contratista. No se recibe.

"ITEM 55.— 1 máquina lavadora de loza: fué retirada por el contratista. No se recibe.

"ITEM 56.— 1 máquina lavadora de vasos: no fue remitida por el contratista. No se recibe.

"ITEM 57.— 22 carros bandejas: no fué remitida por el Contratista, No se recibe.

"LIQUIDACION:

| | | |
|--|----|------------|
| "ITEM 5.— 2 mesas de trabajo a razón de \$36.000.00 C/u | \$ | 72.000.00 |
| Descuento 15% | \$ | 10.800.00 |
| Valor | \$ | 61.200.00 |
| | | |
| "ITEM 17.— 2 mesas para cocina a razón de \$32.947.00 C/u | \$ | 65.894.00 |
| Descuento 15% | \$ | 9.884.10 |
| Valor | \$ | 56.009.90 |
| | | |
| "ITEM 19.— 7 armarios metálicos a razón de \$80.000.00 C/u | \$ | 560.000.00 |
| Descuento 3% | \$ | 16.800.00 |
| Valor | \$ | 543.200.00 |

SECCION TERCERA

| | |
|--|------------------|
| “ITEM 21.—8 mesas metálicas a razón de \$34.270.00 C/u | \$ 274.160.00 |
| Descuento 15% | \$ 41.124.00 |
| Valor | \$ 233.036.00 |
| “VALOR RECIBIDO. | \$ 893.445.90 |
| “VALOR ANTICIPO. | \$ 5'973.968.80 |
| “VALOR CONTRATADO | \$ 11'947.937.60 |

“NOTA 1. Se deja constancia que la Empresa Contratista, retiró de las instalaciones de la Clínica San Pedro Claver, 4 sifones de los vertederos, los cuales no ha sido posible que los devuelva.

“NOTA 2. Referente al ITEM 29: Se encuentran instalados en la cocina dos (2) vertederos con escurridor, pero la instalación sanitaria tiene el drenaje mal realizado y el acople del codo con el drenaje se encuentra mal”. (Fls. 194-197 Cdo. No. 1).

B) A la luz del acervo probatorio que se deja enlistado, y del adicional que se valorará a lo largo de éste proveído, la Sala entra a precisar las razones por las cuales considera acertada la decisión del fallador de instancia.

En el *sub-lite* es incuestionable que el contratista ha debido cumplir con todas sus obligaciones dentro del plazo pactado, que como ya se dijo, venció el día 16 de enero de 1983. Sinembargo, la primera remisión por un precio de \$496.239.35 sólo la hizo el 18 de enero de ese mismo año, esto es, cuando ya se registraba una mora de dos días. La segunda entrega se efectuó el 18 de febrero de 1983, es decir, un mes largo después de haberse vencido el plazo, siendo el precio de los artículos de \$700.962.00. La tercera remisión, por \$1.675.500.00, sólo se hace en septiembre 27 de 1983, cuando ya habían transcurrido mas de ocho meses de vencido el plazo. Esto es, que en este momento en el tiempo físico, el contratista sólo había entregado bienes por un monto de DOS MILLONES OCHOCIENTOS SETENTA Y DOS MIL SETECIENTOS UN PESOS CON TREINTA Y CINCO CENTAVOS (\$2'872.701.35), con olvido de que se le había hecho un anticipo oportuno de CINCO MILLONES NOVECIENTOS SETENTA Y TRES MIL NOVECIENTOS SESENTA Y OCHO PESOS (\$5.973.968.00), como ya se destacó en otro aparte de esta providencia.

Es verdad que el día 16 de diciembre de 1982 la firma demandante solicitó del Instituto una prórroga de sesenta (60) días, esto es, hasta el 16 de marzo de 1983 (C. 1, fol. 30), que mereció la respuesta que le envió a FERGIL'S Y BONAIRE LTDA. el presidente Ad Hoc del Comité Asesor de Adjudicaciones, en la cual le informa que éste "... en su sesión No. 003/83, autorizó prorrogar el plazo de entrega del contrato No. 762, hasta el 16 de

marzo de 1983...” Allí mismo se lee que la sociedad demandante debía “... ampliar las pólizas y acercarse a nuestra Oficina Jurídica, a fin de suscribir el otrosi al contrato”. En este momento del discurso el fallador observa que la referida prórroga no alcanzó a generar efectos en derecho, pues no fué otorgada por funcionario competente. El Comité Asesor de Adjudicaciones no fué el que firmó el contrato No. 762 de 8 de Octubre de 1982. Por lo mismo, nada tenía que hacer en el manejo del mismo. El artículo 58 del Decreto 222 de 1983 es muy claro cuando preceptúa:

“Art. 58. De los contratos adicionales.

“Salvo lo dispuesto en el título IV, *cuando haya necesidad de modificar el plazo* o el valor convenido y no se tratare de la revisión de precios prevista en este estatuto, *se suscribirá un contrato adicional* que no podrá exceder la cifra resultante de sumar la mitad de la cuantía originalmente pactada más el valor de los reajustes que se hubieren efectuado a la fecha de acordarse la suscripción del contrato adicional.

“Las adiciones relacionadas con el valor quedarán perfeccionadas una vez suscrito el contrato y efectuado el registro presupuestal. *Las relacionadas con el plazo sólo requerirán firma del jefe de la entidad contratante y prórroga de las garantías.*

“Serán requisitos para que pueda iniciarse la ejecución del contrato, la adición y prórroga de las garantías y el pago de los impuestos correspondientes.

“Los contratos de interventoría, administración delegada, y consultoría previstos en este estatuto, podrán adicionarse sin el límite fijado en el presente artículo.

“*Las adiciones deberán publicarse en el Diario Oficial.*

“*En ningún caso podrá modificarse el objeto de los contratos, ni prorrogarse su plazo si estuviere vencido, so pretexto de la celebración de contratos adicionales, ni pactarse prórrogas automáticas.*

“Parágrafo: Los contratos de empréstito distintos a los créditos de proveedores, no se someterán a lo dispuesto en este artículo.”. (Subrayas de la Sala).

Agrégase a todo lo anterior que dentro del informativo no obra el contrato adicional que ha debido suscribirse para ampliar el plazo, ni la constancia de que tal adición se hubiese publicado en el Diario Oficial. Esta realidad explica muy bien que para el *ad-quem* el contratista incurrió en mora desde el 17 de enero de 1983, momento en el cual no había hecho la primera remesa, como ya se anotó.

SECCION TERCERA

Tampoco tiene ningún valor en derecho el ACTA DE SUSPENSION TEMPORAL que se suscribió el día treinta (30) de noviembre de mil novecientos ochenta y tres (1983), firmada por el representante de la firma Fergil's Bonaire Ltda., y el interventor de la obra, en la cual se lee:

“El objeto de la reunión es suspender temporalmente el Contrato Nro. 762, debido al retraso que se presenta con la remodelación y obras civiles que se deben acometer por el ISS en las áreas de cocinas del primer piso de la Clínica. Esta suspensión cubre el período comprendido entre el 8 de marzo de 1983 y el 28 de febrero de 1984”.

Es verdad que en la cláusula cuarta del contrato se pactó que el Instituto; si lo estimaba necesario, podía supervisar y “... ejecutar las pruebas y mediciones necesarias para comprobar la calidad de los bienes adquiridos, por conducto de funcionarios especializados y a su servicio o a través de Laboratorios o entidades competentes...”. Pero en parte alguna del contrato, ni en la ley, se autoriza al interventor para acordar SUSPENSIONES TEMPORALES del mismo. El artículo 121 del Decreto 222 de 1983 fija las atribuciones del interventor dentro del siguiente marco:

“En todo contrato se detallarán las funciones que corresponden al interventor. Dentro de sus facultades está la de revisar los libros de contabilidad, si así se hubiere convenido en el contrato, y la de exigir al contratista la información que considere necesaria”. Nada más, pero tampoco nada menos.

Dentro del anterior universo jurídico se detecta, en el caso en comento, una actuación al margen de la ley que, por lo mismo, tampoco alcanzó a vincular al Instituto. El interventor, se repite, no podía suspender el contrato y mucho menos, manejar la filosofía del absurdo, como fue suspender un contrato por un período en que ya no estaba vigente, por haber vencido el plazo.

Carece también de efectos vinculantes la nota que el 12 de diciembre de 1983 le enviaron a la firma Fergil's Bonaire Ltda., el interventor ingeniero Fernando Leal Rangel y el Director UPI 03 SPC Dr. Fernando Cuéllar, en la cual le manifiestan que: “El plazo para cumplir la totalidad del presente contrato será hasta el 28 de febrero de 1984”. Olvidaron los altos funcionarios que para el momento en el tiempo físico en que así se exteriorizaban, el contrato no existía. Por lo demás, actuaron manejando sus propias vivencias de contradicción. Si el acto jurídico lo habían suspendido entre el 8 de marzo de 1983 y el 28 de febrero de 1984, cómo podían predicar que ese tiempo muerto jugaba como plazo para llevar a cabo los trabajos? Este proceso es uno más de los muchos que la Sala ha enjuiciado con la filosofía de la HIPOTESIS DEL NO DERECHO, que lleva a las partes a actuar al margen de la ley, para luego regresar a ella pidiendo su protección y amparo. El no dere-

cho, enseña Jean Carbonnier, "... es la ausencia del derecho en cierto número de relaciones humanas, en que el derecho tenía una vocación teórica bastante para estar presente... Lo esencial de la hipótesis del no-derecho es el movimiento del derecho hacia el no derecho, el abandono por el derecho de un terreno que ocupaba o que hubiera sido de su competencia ocupar. El no-derecho, en lo que tiene de más significativo, es la reducción o la retirada del derecho... El no-derecho no viene a mezclarse con el derecho. El no-derecho está de un lado, y el derecho en otro. Hay muchos largos días de no derecho, por sólo algunos instantes de derecho. El no derecho es la esencia, y el derecho, el accidente. Lo más frecuente es que el derecho sólo entre en escena cuando se le llama por voluntad expresa de uno, por lo menos, de los interesados, mientras que la voluntad implícita basta para tenerlo apartado... la aventura pudo revelar una de las mayores dificultades del no-derecho: La dificultad de mantenerse en él. Nada más natural: muchos de los que se refugian en el no derecho sienten en seguida la tentación de unir a sus ventajas algunos de los beneficios del derecho. Las parejas no casadas quieren establecer un régimen matrimonial, y las asociaciones de anarquistas registrar sus estatutos..." (Derecho Flexible. Editorial Tecnos, pags. 33 y ss. ss).

En el manejo de la contratación administrativa colombiana la puesta en marcha de la filosofía del no-derecho impresiona. Se firman los actos jurídicos acordando el precio, el plazo, la calidad de la obra, etc., etc., y a renglón seguido se empiezan a ingeniar todos los mecanismos para eludir la normatividad negocial. Se amplían los plazos, sin suscribir el contrato adicional, se aumentan los precios sin sujeción a lo acordado inicialmente. No se hacen los pagos oportunamente, y la administración se apoya en informes acomodados de los interventores, que en determinados momentos cambian de genio, respecto del contratista. Se firman a la ligera constancias, actas y documentos, orientados a comprometer a la administración para que con apoyo en ellos el juez dicte sentencia de condena. En el *sub-lite* impresiona el alcance bondadoso de las certificaciones expedidas por el Jefe del Almacén Señor Ivonne Rodríguez Balcázar y por el Jefe de Mantenimiento Ingeniero Fernando Leal Rangel (C 2, fols. 34 y 35), expedidas el día 6 de enero de 1984, en las cuales se hace constar que: "... desde el 16 de marzo la firma: Fergil's y Bonaire ha venido solicitando que le sean recibidos los equipos correspondientes al contrato 762 del 82..." y que: "Las instalaciones pendientes son: Remodelación de pisos muros y cielo raso; cableado de instalaciones eléctricas, remodelación total de la ventilación mecánica y cambio de las actuales campanas de extracción. *Estos trabajos se encuentran aún pendientes de ejecutar por parte del Instituto*". Aquí cabe preguntar: Los funcionarios que expidieron tales certificaciones sabían que ya en marzo de 1984 el contratista estaba en mora? Si lo sabían, qué universo probatorio se buscaba al expedir tales constancias? Acaso no dejan ellas la impresión, inicial, de que el Instituto fue negligente? Se procedió con inocente ingenuidad al proceder así? Se buscaba, quizás, como lo recuerda el profesor Carbonnier, que el derecho se aniquilara así mismo, "como una serpiente que se muerde la cola"?

SECCION TERCERA

Las divagaciones que se dejan hechas no tienen otra finalidad que poner el acento en el incumplimiento del contratista que llevó al sentenciador de instancia a declarar probada la excepción de contrato no cumplido, perspectiva jurídica que hace suya la Sala. Si el *ad-quem* bendijera todas las prórrogas de hecho, contrarias al derecho, otra podría ser la conclusión. Pero en este particular no puede olvidarse que por mandato constitucional el juez está vinculado a la ley, no siéndole posible, en casos de violación flagrante de ésta, dar entrada a un criterio auxiliar de la administración de justicia, como lo es el de LA EQUIDAD.

C) Para darle mayor fuerza de convicción a la presente sentencia, y para destacar el temperamento del incumplimiento del contratista, parece conveniente recordar que el precio de las diez remisiones que éste hizo, entre enero 18 de 1983 y enero 2 de 1984, sólo alcanzaron un monto de seis millones ochocientos ochenta y nueve mil doscientos treinta y un pesos con treinta y cinco centavos (\$6.889.231.35), resultando, de la Resolución Nro: 002712 de 16 de mayo de 1985, que liquidó el contrato, que sólo podían recibirse bienes por un monto de ochocientos noventa y tres mil cuatrocientos cuarenta y cinco pesos con noventa centavos (\$893.445.90), pues buena parte de ellos "FUE RETIRADA POR EL CONTRATISTA", como ocurrió con la máquina lavadora de loza, el conservador de helados, y los cuatro sifones de los vertederos "los cuales no ha sido posible que los devuelva", como se lee en el citado acto administrativo. En otras palabras: si la administración hubiese recibido todo el equipo relacionado en las diez remisiones por seis millones ochocientos ochenta y nueve mil doscientos treinta y cinco pesos con treinta y cinco centavos (\$6.889.231,35), el contratista estaría en mora de entregar los artículos que en la liquidación figuran como no remitidos, entre ellos 22 carros bandejas, una máquina lavadora de vasos, una nevera de 34 pies, una máquina para helados, una balanza de mesa eléctrica, etc. Para vivenciar aún más el incumplimiento de la firma demandante, basta recordar que los peritos, al rendir su dictamen, destacan que hicieron la confrontación de los bienes que se afirma fueron entregados al Instituto, con las existencias de los artículos que figuran en bodega, habiendo establecido que: "... no hay concordancia en la cantidad de algunos elementos y además, con fecha 5 de marzo de 1984, la parte demandante mediante comunicación dirigida al Dr. Fernando Leal -Ingeniero Jefe de Mantenimiento de la Clínica San Pedro Claver, se solicita la autorización para el retiro de los siguientes equipos:

| "ITEMS | CANTIDAD | DESCRIPCION |
|--------|----------|------------------|
| 20 | 2 | Congeladores |
| 53 | 1 | Congelador |
| 55 | 1 | Lavadora de losa |
| 1 | 1 | Báscula |

Congelador de helados fue retirado sin saberse la fecha”.

En este momento del discurso se pregunta el sentenciador: Por qué causa, motivo o razón se retiraron tales bienes? En la cláusula tercera del contrato se estipuló que: “Si el INSTITUTO recibe elementos que no cumplen con los requisitos exigidos por éste y/o por las autoridades competentes, serán devueltos al CONTRATISTA dentro de la vigencia de la garantía de calidad constituída y deberá reemplazarlos dentro de los quince (15) días hábiles siguientes...”. En la interpretación de la conducta humana, que en más de una ocasión resulta de mayor interés que la de la propia ley, debe entenderse que en el caso en comento se dió la situación contractual antes descrita, la cual, en principio, le pone un buen tinte de incumplimiento al contrato, mientras no se demuestre, como no ocurrió en el *sub-lite*, que fueron reemplazados a satisfacción del Instituto.

D) La Sala desea dejar en claro que se ha ocupado de la definición del presente conflicto de intereses, sin entrar en el cuestionamiento del Acta de Liquidación del contrato, porque la demanda se presentó el día 21 de noviembre de 1984; se admitió el 18 de diciembre de 1984; y se notificó al Director General del Instituto de los Seguros Sociales el día 14 de marzo de mil novecientos ochenta y cinco (1985). En estas circunstancias, ya no le era permitido a la administración entrabar la presente acción, dictando la Resolución No. 002712, dos días después, esto es, el 16 de mayo de 1985. Esta conducta resulta confusa, maliciosa, equívoca, y, por lo mismo contraria a la buena fe que debe presidir todos los actos de la administración. Por lo demás, el contratista sólo quedó legalmente notificado de ella en diciembre de 1985. Sobre el particular la Sala reitera la pauta jurisprudencial que fija en fallo de 24 de septiembre de 1990, Expediente Nro. 5164, Actor César Gómez Murillo, Consejero Ponente Dr. Carlos Betancur Jaramillo, en el cual se lee:

“Muestran los expedientes aquí estudiados, que el Doctor César Gómez Murillo demandó a la Empresa de Licores el 14 de febrero de 1986 (a folio 9, expediente 5164), en acción contractual de responsabilidad por incumplimiento, que esa demanda fué admitida el 6 de marzo de ese mismo año (a folio 54 vuelto) y notificada a la entidad demandada el 13 siguiente (a folio 55).

“Y revelan también los expedientes que luego de ese conocimiento, la Empresa de Licores declaró la caducidad del contrato mediante las resoluciones antecitadas, antes de su vencimiento y con el argumento de que el contratista había incumplido sus obligaciones.

“Pues bien. Si bien es cierto en el campo contractual no existe una normatividad como la que opera en la esfera de los actos administrativos

en la que la administración perderá la competencia para revocar sus actos cuando la jurisdicción admita la demanda contra éstos (artículo 71 del C.C.A.), la aplicación de un principio similar en aquél campo no puede ser exótica cuando esa conducta revele fines retaliatorios que puedan configurar una desviación de poder. Puede pensarse que si ya la administración estaba demandada debió abstenerse de hacer el pronunciamiento que hizo, porque precisamente el asunto ya se había llevado al conocimiento de los jueces, a instancias de la parte que podía hacerlo por carecer de poderes exorbitantes. Por ese motivo, al estar cuestionado ya el cumplimiento ante el juez del contrato, la administración debió ser especialmente cuidadosa al dictar ese auto de terminación, porque su ejercicio fácilmente hacia inferir esa desviación.

“La empresa sabía que estaba demandada por incumplimiento y que su defensa tenía ya dos cauces lógicos, o sea el de excepcionar, o el de reconvenir o contrademandar. Se habla de esta última posibilidad porque en el campo de las controversias contractuales está autorizada la reconvencción expresamente por la ley (artículo 217 del C.C.A.).

“Carece de toda seriedad y muestra una clara desviación de poder, tal como lo afirma el demandante, lo que hizo la Empresa cuando supo que estaba demandada por incumplimiento; o sea, declarar terminado el contrato argumentando que la parte incumplida había sido el contratista. Desviación que se evidencia en el proceso no solo por la inoportunidad explicada atrás, sino por la irrelevante motivación que muestra el acto administrativo impugnado, en el que se habla de que el contratista incumplió ciertas obligaciones, sin dar mayores detalles y sin explicar porqué no tomó la medida cuando se presentaron los sedicentes incumplimientos y esperó que fuera demandada para hacerlo”.

La verdad jurídica que se deja expuesta permite concluir que la demanda no es inepta pues el contratista puede atacar el alcance del Acta de Liquidación del contrato, en acción también contractual, quedando así la vía abierta para la acumulación de ambos procesos, evitando que se rompa la continencia de la causa. Es lógico que si el Acta de liquidación no se impugna, como ocurrió en el caso en comento, ella conserva su presunción de legalidad, y, por lo mismo, incidirá, con todo su temperamento en la decisión del conflicto de intereses. Esta realidad es la que también se vivencia en el presente caso, pues no se ha demostrado que la Resolución No. 002712 de 16 de mayo de 1985 haya sido impugnada. Ello lleva a concluir que el contratista incumplió el contrato Nro. 762 dentro del perfil que ella tiene.

E) La Sala observa que por Resolución Nro. 008104 de 14 de septiembre de 1982 (C 2, fol. 71 y ss. ss.), mediante contratación directa, se adjudicó a la firma FERGIL'S Y BONAIRE LTDA. el contrato Nro. 762, después de declarar desiertas dos licitaciones. Igualmente, que en el manejo de la rela-

ción negocial se presentaron deficiencias e irregularidades como las que se dejaron anotadas a lo largo de este proveído, todo lo cual dió como resultado el desastroso balance que se recoge en el acta de liquidación, de cuya lectura resulta que prácticamente el Instituto sólo recibió bienes por OCHOCIENTOS NOVENTA Y TRES MIL CUATROCIENTOS CUARENTA Y CINCO PESOS CON NOVENTA CENTAVOS (\$893.445.90), no obstante que hizo un anticipo de cinco millones novecientos setenta y tres mil novecientos sesenta y ocho pesos con ochenta centavos (\$5.973.968.80). Sorprende, también, que no obstante esta situación, el Sub-gerente del Instituto, Sr. CARLOS A. QUINTERO GIRALDO ordene, en nota calendada el 16 de octubre de 1985 (C 2, fol. 4), dirigida a FERGIL'S Y BONAIRE LTDA., que le serían entregadas "aquellos elementos que no fueron recibidos por la interventoría, como consta en el acta del 10 y 11 de septiembre de 1984". Esta realidad, sumada a la circunstancia de que al proveedor se le permitió el día 5 de marzo de 1984 el retiro de bienes por \$705.687.50, como se lee en la Resolución Nro. 002712, llevan al fallador a ordenar que copia de esta providencia se envíe a la Procuraduría General de la Nación para que si lo estima del caso, investigue todos estos aspectos.

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 diez y seis (16) de noviembre de mil novecientos ochenta y nueve (1989), proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, dentro del proceso del rubro, por las razones dadas en los considerandos de éste proveído;

SEGUNDO: Envíse copia de esta providencia a la Procuraduría General de la Nación, para lo de su cargo.

TERCERO: Ejecutoriada la presente sentencia, devuélvase el expediente al tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE.

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

**LIQUIDACION DEL CONTRATO—Improcedencia/CONTROVERSIA
CONTRACTUALES/CONTRATO ADMINISTRATIVO—Incumplimiento
(Aclaración de voto)**

Una vez admitida y notificada la demanda que pretende la condena de la administración contratante por incumplimiento del contrato, no puede ésta ejercer sus poderes exorbitantes de liquidación, si ya éste está vencido. Si la administración ejerce esos poderes, y su ejercicio en alguna forma deja sin efecto el fin buscado ante la jurisdicción, puede estimarse el acto como no expedido y fallarse el asunto en la forma planteada.

ACLARACION DE VOTO

Referencia: Expediente Nro. 6129. Actor: Sociedad Fergil's Bonaire Ltda.
Ponente: Doctor Julio César Uribe A.

Con todo respeto aclaro el voto que le dí al fallo dictado en el proceso de la referencia, porque considero que existe en la motivación un párrafo que requiere cierta precisión. En lo demás estoy de acuerdo con la decisión tomada.

El párrafo que glosó, sostiene:

“La verdad jurídica que se deja expuesta permite concluir que la demanda no es inepta pues el contratista puede, atacar el alcance del Acta de Liquidación del contrato, en acción también contractual, quedando así la vía abierta para la acumulación de ambos procesos, evitando que se rompa la continencia de la causa. Es lógico que si el Acta de liquidación no se impugna, como ocurrió en el caso en comento, ella conserva su presunción de legalidad, y, por lo mismo, incidirá, con todo su tem-

peramento en la decisión del conflicto de intereses. Esta realidad es la que también se vivencia en el presente caso, pues no se ha demostrado que la Resolución No. 002712 de 16 de mayo de 1985 haya sido impugnada. Ello lleva a concluir que el contratista incumplió el contrato No. 762 dentro del perfil que ella tiene”.

Doctrinariamente le asiste la razón a la sala. No sólo debió el actor demandar como lo hizo, sino que también pudo demandar, en otro proceso se entiende, el acto de liquidación y que si así lo hubiera hecho lo más viable habría sido su acumulación.

Esta es una presentación teórica, porque nadie le podía imponer a Fergil's la carga de demandar un acto de liquidación que aún no se había expedido cuando presentó la demanda”. A lo imposible, nadie está obligado.

Estimo que cuando esto sucede, una vez admitida y notificada la demanda que pretende la condena de la administración contratante por incumplimiento del contrato, no puede ésta ejercer sus poderes exorbitantes de liquidación, si ya éste está vencido. Si la administración ejerce esos poderes, y su ejercicio en alguna forma deja sin efecto el fin buscado ante la jurisdicción, puede estimarse el acto como no expedido y fallarse el asunto en la forma planteada.

No sería técnico ni justo que se premiara la actitud desviada de la administración con una conclusión judicial similar a esta:

“Si, señor demandante, usted tiene la razón pero no se la doy porque usted debió también demandar el acto que la administración dictó después de la admisión de la demanda y cuando ya estaba vencido el contrato”.

No, admitida la primera demanda y ya vencido el contrato, la administración no puede ejercer los poderes exorbitantes mediante actos administrativos que en alguna forma puedan afectar o incidir en la decisión sometida al juez del contrato. Si lo hace el acto es jurídicamente inexistente y ni siquiera tendrá que impugnarlo jurisdiccionalmente.

No puede aceptarse que la administración, abusando del derecho, dicte actos administrativos para entorpecer la labor de la justicia puesta en marcha.

Con todo respeto

Carlos Betancur Jaramillo.

Santafé de Bogotá, D. C. noviembre veintiséis (26) de mil novecientos noventa y uno (1991).

FALLA DEL SERVICIO DE ENERGIA ELECTRICA/RESPONSABILIDAD POR RIESGO—Inexistencia/FALLA DEL SERVICIO POR OMISION

En concepto de la Sala, la falla del servicio en el *sub lite* no obedece a la caída o descolgada del cable, sino al comportamiento omisivo y negligente de la oficina encargada de atender lo relacionado con el servicio de energía eléctrica en el municipio. Si en el caso bajo estudio se hubiese considerado como hecho constitutivo de la falla de la administración la caída del cable conductor de energía de alta tensión, no sería posible enfocar la solución del asunto como falla del servicio y en tal ocurrencia sí sería necesario acudir a la teoría del riesgo.

LUCRO CESANTE/PERJUICIOS MATERIALES A MENORES

En el caso presente, la víctima es una de las personas demandantes y el valor de la indemnización por lucro cesante es para ella, no para sus padres. Los daños que la accidentada sufrió física y psicológicamente fueron tan graves que su incapacidad laboral presente y futura es cierta y absoluta. En tales condiciones, si como se ha previsto, a los 18 años de edad, los hijos se consideran en capacidad de proveer a sus propias necesidades, sin el auxilio económico de sus progenitores, resulta evidente que la víctima, por razón de sus lesiones se encuentra imposibilitada para desempeñarse laboralmente, de donde surge el derecho a su indemnización.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Santafé de Bogotá, D. C., noviembre veintidós (22) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Dr. Daniel Suárez Hernández*

Referencia: Expediente No. 6483. Actor: Tulio E. Sánchez Nieva y Otro.

Se procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 28 de septiembre de 1990, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, mediante la cual se dispuso:

“1o.— DECLARAR al Establecimiento Público EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI ‘EMCALI’, RESPONSABLE de los perjuicios materiales y morales causados a la niña EDITH MARIA SANCHEZ CADAVID por las lesiones sufridas como consecuencia de la descarga eléctrica transmitida por un cable de conducción de luz que cayó en la calle 7 entre carreras 13 y 14 del Municipio de Yumbo, el día 10 de julio de 1980.

“2o.— Como consecuencia de la declaración anterior el Establecimiento Público EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI ‘EMCALI’ está obligada a pagar como perjuicios morales a la niña EDITH MARIA SANCHEZ CADAVID y a sus padres TULIO ENRIQUE SANCHEZ NIEVA y MARIA JOSEFINA CADAVID la cantidad de 1.000 gramos oro a cada uno de ellos, liquidado el valor del gramo a la ejecutoria de la sentencia; y como PERJUICIOS MATERIALES la cantidad de OCHO MILLONES CUATROCIENTOS OCHO MIL DOSCIENTOS CINCUENTA Y TRES PESOS M/CTE’, (\$8.408.253) según la liquidación hecha en la parte motiva de esta providencia.

“3o.— Las cantidades anotadas anteriormente devengarán intereses corrientes, dentro de los seis meses siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, de ahí en adelante intereses moratorios”. (Fol. 416).

I. ANTECEDENTES

1o. La Demanda.—

Tulio Enrique Sánchez Nieva y María Josefina Cadavid, en ejercicio del derecho que consagra el artículo 68 del C.C.A., iniciaron acción de indemnización, el 9 de marzo de 1983, y por conducto de apoderado presentaron demanda ante el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca para que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

“A. Que el Establecimiento público EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI ‘EMCALI’, es responsable extracontractualmente de los perjuicios materiales y morales causados a la niña EDITH MARIA SANCHEZ CADAVID ocasionados por las lesiones sufridas como consecuencia de la descarga eléctrica transmitida por un cable de conducción de la luz suministrada por las EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI ‘EMCALI’,

que cayó en la calle 7 entre carreras 13 y 14 de Yumbo el día 10 de julio de 1980.

“B. Que como consecuencia de la anterior declaración, el Establecimiento público EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI ‘EMCALI’, debe y está obligado a pagar por conducto de la Tesorería de esa Entidad a la niña EDITH MARIA SANCHEZ CADAVID representada por sus padres TULIO ENRIQUE SANCHEZ NIEVA y MARIA JOSEFINA CADAVID, una vez ejecutoriada la sentencia la suma inicial de UN MILLON DE PESOS MCTE., o la que resulte probada, teniendo como base para la determinación del monto de los perjuicios causados, el daño emergente, la edad de la menor, la desmembración de que fué objeto, las deformaciones estéticas que sufre y los trastornos psicológicos que padece. Esta valoración tiene en cuenta también los gastos médicos, quirúrgicos y hospitalarios, de anestesia, farmacéuticos, pago de personal paramédicos y auxiliares, gastos de laboratorios, gastos de radiología y afines, cirugía de reconstrucción, cirugía plástica, prótesis, artesis, tratamiento de fisioterapia y tratamiento siquiátrico y/o psicológico, derechos de sala de cirugía, viajes y estadía en Centros Especializados. Lo anterior por concepto de perjuicios materiales causados por las lesiones sufridas como consecuencia del accidente que sufrió la niña EDITH MARIA SANCHEZ CADAVID el día 10 de julio de 1980 en la población de Yumbo cuando recibió una descarga eléctrica al tropezar con un cable de conducción de la luz eléctrica de las EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI ‘EMCALI’, al cruzar una calle.

“C. En igual forma y como consecuencia de las anteriores declaraciones, el establecimiento público EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI ‘EMCALI’ está obligado a pagar a la niña EDITH MARIA SANCHEZ CADAVID representada por sus padres TULIO ENRIQUE SANCHEZ NIEVA y MARIA JOSEFINA CADAVID, y a cada uno de estos individualmente la suma que dé el valor de 1.000 gramos de oro al precio que tenga el día de la ejecutoria del fallo, (\$2.000 del 1o. de enero de 1937, artículo 106 del Código Penal), por concepto de los perjuicios morales sufridos como consecuencia de las lesiones padecidas por la menor mencionada, al recibir una descarga eléctrica transmitida por un cable de conducción de la luz suministrada a la población de Yumbo por las EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI ‘EMCALI’ el día 10 de julio de 1980, en Yumbo”. (Fls. 2 y 3).

2. Fundamentos de hecho

Los relaciona así la parte demandante:

“PRIMERO: Las EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI ‘EMCALI’ suministran energía eléctrica a la población de Yumbo.

“SEGUNDO: Para prestar el servicio mencionado, se utilizan entre otros elementos, cables de alta tensión que pasan por encima de las calles de Yumbo.

“TERCERO: El día 10 de julio de 1980, a las 16:10 horas en la calle 7 con carrera 13 de la población de Yumbo, cayó al suelo, un cable de alta tensión.

“CUARTO: A las 18 horas del mismo día, el mencionado cable no había sido recogido por las EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI “EMCALI”, ni se había cortado el suministro de energía eléctrica.

“Hubo por tanto una grave falla en el servicio pues

“a. Los cables de alta tensión deben sujetarse de tal manera que no se caigan.

“b. Si esto sucede, debe cortarse el suministro de electricidad o al menos impedir el paso de las personas por el sitio.

“QUINTO: A la hora mencionada en el numeral anterior, la menor EDITH MARIA SANCHEZ residente en la Calle 7 No. 13-51 de Yumbo, al cruzar la calle en el lugar mencionado, tropezó con la cuerda de alta tensión que aún conducía electricidad y sufrió graves quemaduras en el rostro y en el cuerpo.

“SEXTO: La niña EDITH MARIA SANCHEZ CADAVID es hija de TULIO ENRIQUE SANCHEZ NIEVA y MARIA JOSEFINA CADAVID y nació el 2 de noviembre de 1972. Antes del accidente mencionado en el numeral anterior era sana y feliz física y síquicamente y vivía en la ciudad de Yumbo en compañía de sus padres y hermanos.

“SEPTIMO: Como consecuencia del accidente mencionado en el numeral 5o. de niña EDITH MARIA SANCHEZ CADAVID sufrió quemaduras de tercer grado en la cara, cuello, torax, muslo derecho, región anterior del abdomen, mano derecha en un área aproximada del 30 a 35% de su cuerpo. Las quemaduras determinaron pérdida del pabellón auricular derecho y oído derecho, lesiones en la pared anterior lateral derecha del tórax, lateral del abdomen y pelvis derecha, área posterolateral derecha del tronco y del muslo, daños en la cara, cuello, retracciones que comprometen ambos párpados del ojo derecho, retracción del labio superior que le limita los movimientos de la boca, amputación del miembro superior derecho y deformaciones estéticas generales en la parte derecha del tronco, deformaciones estéticas en otras partes del cuerpo debido a los injertos a que fué necesario someterla, deformaciones, trastornos psicológicos graves consecuencia de la desfiguración y atraso

educativo e intelectual debido a que no pudo continuar con su escolaridad.

“OCTAVO: Desde la fecha en que ocurrió el accidente la niña EDITH MARIA SANCHEZ CADAVID ha sido sometida a amputación del miembro superior derecho, diversas operaciones plásticas, injertos, fisioterapia, rehabilitación, cirugía plástica correctora y tratamientos en general. Necesita actualmente una prótesis en el brazo derecho y numerosas cirugías plásticas correctoras, para mejorar aunque sea en lo mínimo su aspecto deforme, su integridad corporal, funcional y psíquica.

“NOVENO: La niña EDITH MARIA SANCHEZ y sus padres TULIO ENRIQUE SANCHEZ y MARIA JOSEFINA CADAVID han sufrido graves daños morales.

“Es por los hechos narrados anteriormente que estoy solicitando que le sean pagados a la niña mencionada, las sumas señaladas en la parte petitoria de esta demanda.

“DECIMO: Hubo falla de la administración, hubo daño en la peticionaria y hay una relación de causalidad entre la falla y el daño”. Fols. 2 a 5).

3. Trámite procesal

Notificado del auto admisorio de la demanda, el Gerente de las Empresas Municipales de Cali, por conducto de apoderado se constituyó en parte impugnadora, a la vez que solicitó la práctica de algunas pruebas de orden testimonial. La parte actora, dentro del término de fijación en lista también pidió practicar las pruebas relacionadas en su escrito de folios 250 y 251. El Tribunal las decretó por auto que obra a folios 253 y 254, y su práctica, en cuanto a la pericial para efectos de tasar los perjuicios, se dilató en razón de la dificultad para que los médicos designados al efecto, aceptarán el encargo y se posesionarán. En definitiva el avalúo de los perjuicios se llevó a cabo por intermedio del Instituto de Medicina Legal de Cali.

En la oportunidad correspondiente, las partes alegaron de bien probado. La actora reiteró sus peticiones consignadas en el libelo introductorio. La demandada adujo que el hecho dañoso “ocurrió por circunstancias imprevisibles e irresistibles para EMCALI, o sea que dicho accidente se dió por fuerza mayor o caso fortuito y culpa de la víctima”. El agente del Ministerio Público ante el Tribunal conceptuó favorablemente a las peticiones de la demanda.

4. La sentencia apelada

Con fecha 28 de septiembre de 1990, en providencia de folios 412 a 416 el Tribunal Administrativo del Valle Sección Primera, se pronunció en los términos consignados al iniciar este fallo. Para arribar a tales conclusiones, el *a-quo* hizo las siguientes consideraciones:

“Como causales de exoneración de la responsabilidad administrativa alegada, la parte demandada predica la existencia de la fuerza mayor y de la culpa de la víctima, alegato que no acoge la Sala, porque bien se puede establecer que si la cuerda de alta tensión se encontraba ofreciendo alto grado de amenaza desde horas antes de pasar la niña por ese sitio, no se puede decir o presumir sin que se demuestre plenamente que la cuerda cayó por un hecho irresistible o imprevisible, para que se configure el fenómeno citado. Además la menor no incurrió en imprevisión y descuido alguno al pasar por el sitio donde reposaba la cuerda por cuanto era muy difícil para la niña saber previamente si el cable representaba un peligro, simplemente cuando ella se acercó, la atrajo, hecho que no recae en cabeza de ella como culposo. Por lo tanto las excepciones no prosperan.

“Ahora bien, el Tribunal para establecer la responsabilidad estatal, no encausa el presente estudio por el régimen que se funda en el concepto de la falta o falla del servicio público, sino que lo encausa por la vía de la responsabilidad en que también se requiere la existencia de elementos constitutivos de un hecho y un perjuicio originado en aquél, como es la teoría del riesgo excepcional, teoría, mediante la cual aún en el caso de no predicarse la falla del servicio por falta de plena comprobación, permite no exonerar de responsabilidad al Estado en este caso el Establecimiento Público Emcali, toda vez que la prestación del servicio público del fluido eléctrico comporta una actividad de riesgo y entonces cualquier daño que le ocasione y más en las circunstancias en que se produjo el accidente de la menor Sánchez Cadavid, obliga al Ente Estatal a indemnizar a la lesionada. Según la citada teoría, tal como lo ha expresado la jurisprudencia nacional, el Estado responde cuando en la prestación de un servicio Público “emplea medios o utiliza recursos que colocan a los administrados, bien en sus personas o en sus patrimonios, en situaciones de quedar expuestos a experimentar un “riesgo de naturaleza excepcional” que, dada su particular gravedad excede notoriamente las cargas que normalmente han de soportar los administrados como contrapartida de los beneficios que derivan la ejecución de la obra o de la prestación del servicio.

“Tiénesse entonces que, según esta concepción, siempre que la actividad generadora de riesgos se cumple en provecho de la colectividad, las cargas que de aquélla pueden derivarse no deben gravar más a unos ciuda-

danos, que a otros. No sería lógico en efecto, que al tiempo que la Administración se lucra de un servicio público, se empobrezca paralelamente un administrado. Es la aplicación del aforismo 'UBI EMOLUMENTUM IBIS ONUS ESSE DEBET', según el cual quien quiera que obtenga beneficios de una actividad generadora de riesgos, asume las cargas que de estos se deriven. En otras palabras, es el precio que fatalmente debe pagar el Estado frente a la modernización de los servicios a su cargo y que se traducen en una protección especial y excepcional al patrimonio lesionado'" (Sentencia del 20 de febrero de 1989. Actor: Alfonso Sierra Velásquez).

"Es pues, un hecho cierto que por las calles 13 y 14 del Municipio de Yumbo pasan líneas de alto voltaje por medio de las cuales se presta el servicio eléctrico para los asociados. Esta existencia de cables representa un riesgo excepcional, tanto, que por su caída se produjeron las gravísimas lesiones sufridas por la niña EDITH MARIA SANCHEZ CADAVID, daño que se encuentra plenamente probado en el plenario y que obliga ser reparado". (Fols. 413 a 415).

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Para la Sala la sentencia recurrida habrá de confirmarse en cuanto a la declaración de responsabilidad administrativa del Ente demandado y al reconocimiento de los perjuicios morales inferidos a los demandantes. La condena por perjuicios materiales será parcialmente modificada. Cabe advertir que el fundamento de dicha responsabilidad radica, antes que en la teoría del riesgo excepcional, en la existencia de una falla o falta del servicio.

Así lo entiende la Sala, porque en su concepto la falla del servicio no obedece a la caída o descólgada del cable, sino al comportamiento omisivo y negligente de la Oficina encargada de atender lo relacionado con el servicio de energía eléctrica en el municipio de Yumbo, servicio a cargo de las Empresas Municipales de Cali "EMCALI". Seguramente, si en el caso bajo estudio se hubiese considerado como hecho constitutivo de la falla de la administración la caída del cable conductor de energía de alta tensión, no sería posible enfocar la solución del asunto como falla del servicio y en tal ocurrencia sí sería necesario acudir a la teoría del riesgo excepcional, aplicada por el *a-quo* en el fallo recurrido.

En el caso *sub-judice* se encuentra demostrado que el día 10 de julio de 1980, aproximadamente a las 4:10 p.m., en la calle 7a. con la carrera 13 de la población de Yumbo, cayó al suelo un cable de alta tensión, el cual permaneció en dicho lugar hasta las 9:45 de la noche cuando fue suspendida la energía. Se dió pues un lapso superior a cinco horas durante el cual el implemento eléctrico caído sobre la calle originó un grave y continuo peligro para los vecinos del sector, sin que la empresa oficial a cuyo cargo corres-

ponde la vigilancia y suministro del servicio hubiese actuado para evitar el mencionado peligro. Así lo deduce la Sala de las distintas pruebas testimoniales allegadas, y en especial de la declaración de José Audias Gaviria (Fis. 46 la 52 C. 2), quien en su condición de agente de la Policía Nacional relata la situación previa al accidente de la menor Edith María Sánchez Cadavid y se ratifica en el texto del informe escrito rendido al Comandante de la Novena Estación de Policía de Yumbo sobre el desafortunado insuceso. De su dicho resulta evidente que se avisó o se trató de avisar de inmediato a las Empresas Municipales de Cali, en esa ciudad, porque en Yumbo las instalaciones de la empresa se encontraban cerradas y el vehículo o empleados de la misma no aparecían por parte alguna, razón por la cual solicitaba a la oficina de la demandada en Cali su intervención inmediata. La respuesta fué de una pronta solución para lo cual ofrecieron traslado del personal hasta el lugar del desarreglo eléctrico. Como el tiempo pasara en forma desesperada el testigo insistió una vez más telefónicamente en Cali y la misma voz femenina que inicialmente lo había atendido le reiteró "que tuviera paciencia que ella ya había informado al ingeniero de turno y a quien correspondía impartir la orden para viajar a Yumbo, ya que en Yumbo existía una oficina de las Empresas y empleados también. La respuesta mía después de haber escuchado estas palabras le dije que era imposible contar con el servicio de los empleados del municipio de la Empresa de Energía y que solicitaré que confirmara o a lo menos tenían que ordenar a Anchicayá para que quitaran la energía antes que se presentaran casos lamentables". Relata el testigo que a eso de las 6:00 p.m. se presentó el accidente de la menor y con la colaboración de otras personas lograron retirar a la niña Edith María del cable electrificado, cuando de todas formas ya la niña había resultado gravemente lesionada. Sólo a las 9:45 de la noche se hicieron presentes los empleados de la empresa provenientes de Cali.

En similar sentido declaró el señor Héctor Fabio Gómez Gómez (folios 34 y 35 C. 2) quien manifestó que casi desde las 3:00 p.m. hasta las 10 de la noche permaneció el cable electrificado sobre la vía pública y calcula en siete horas el tiempo que permaneció el cable en esas condiciones. Al responder una pregunta manifestó el testigo: "Sí, el accidente se hubiera podido evitar si los señores de las Empresas Municipales de EMCALI hubieran acudido al llamado inmediato... Sí hubo omisión por parte de los señores de las Empresas Municipales al no ir a arreglar el daño que había en la ruptura del cable eléctrico no obstante que se les informó". En similar sentido declara el señor Marlio Cuéllar (Fols. 36 y 37 C. 2) cuando manifestó: "Sí se había podido evitar si hubieran cortado el flujo eléctrico en el momento en que tuvieron conocimiento del daño en las Empresas Municipales... Sí hubo omisión por parte de las Empresas Municipales de Cali porque no se presentaron inmediatamente al sitio donde estaba el daño, o haber cortado el flujo eléctrico.

De las anteriores declaraciones infiere la Sala que para el día del accidente la Empresa demandada incurrió en grave omisión y negligencia en la

SECCION TERCERA

reparación del daño presentado en el sector urbano del municipio de Yumbo. De una parte se le cuestiona a la demandada que en tratándose de la prestación de un servicio público que a su vez conlleva tantos peligros, se descuida su atención hasta el punto de dejar las instalaciones de la Empresa en Yumbo sin persona alguna que enfrente o asuma la solución de desperfectos como el presentado en el caso que se estudia o similares, en donde pueden resultar afectados intereses personales y comunitarios.

De otra parte, es igualmente cuestionable la negligencia e irresponsabilidad de la Empresa demandada cuando, no obstante haber sido enterada por el agente policial mencionado, del estado de emergencia que vivían los habitantes del sector, sólo ya en altas horas de la noche ejecutaron las labores correspondientes para solucionar el desperfecto, cuando desafortunadamente la menor había sido víctima de la fuerza eléctrica y de la desidia, irresponsabilidad y descuido de los funcionarios de la Empresa demandada. Con el agravante además, según lo insinúan los testigos, de que la demora obedeció a la transmisión de un interesante partido de fútbol que concentró la atención y el tiempo de los empleados de EMCALI.

De las anteriores apreciaciones concluye la Sala que en el caso bajo examen se dio a cabalidad la falla o falta del servicio y que a consecuencia de la misma resultó lesionada gravemente la niña Edith María Sánchez Cadavid, de donde resulta acreditada la relación causal entre la falla y el daño, y, por consiguiente, estructurada la responsabilidad administrativa de las Empresas Municipales de Cali "EMCALI".

De lo anterior surge la obligación a cargo del Ente demandado de satisfacer económicamente el valor de los perjuicios inferidos a los demandantes, tanto de orden material, como moral.

Con relación a los perjuicios morales, los mismos resultan suficientemente acreditados y se deducen de su condición de víctima directamente lesionada en el caso de la niña Edith María y por su condición de padres de la menor los demandantes Tulio Enrique Sánchez Nieva y María Josefina Cadavid, a quienes les corresponde la equivalencia en pesos a 1.000 gramos de oro para cada uno de ellos, conforme lo decidió el Tribunal en el fallo recurrido.

Con relación a los perjuicios materiales, observa la Sala que en la demanda se pide "... la suma inicial de UN MILLON DE PESOS M/CTE., o la que resulte probada...", cuantía ésta que dada la naturaleza de la acción y los fundamentos de la misma, permiten inferir que el valor asignado corresponde al límite mínimo, sin establecer en ningún momento demarcación alguna sobre el máximo, lo cual permite al juzgador interpretar la demanda con miras a establecer su verdadero alcance, de donde resulta admisible que al determinarse el monto de los perjuicios materiales se puede superar esa

“suma inicial” señalada en el petitum del libelo. Cabe recordar que criterio similar se sostuvo por la Sala, en el proceso de las señoritas Aura Nelly, Alba Ruth y Ofelia Giraldo; expediente No. 6713, el 18 de octubre de 1991, con ponencia del Consejero Daniel Suárez Hernández.

Los perjuicios materiales fueron pericialmente configurados con base en los gastos efectuados en el Hospital Universitario del Valle, en Cali, a donde inicialmente ingresó la menor lesionada y el posterior desplazamiento, atención y estadía de la niña Edith María Sánchez Cadavid en centro especializado de Boston (E.E. U.U.).

Con relación a los costos efectuados en la ciudad de Cali, por concepto de los servicios médicos y hospitalarios, el Tribunal determinó que por tal concepto corresponde pagar la suma de \$428.668.61, valoración definitiva que comparte la Sala y que, por consiguiente, confirmará.

Respecto de los costos correspondientes al traslado y estadía de la menor y su señora madre en un centro hospitalario de la ciudad de Boston (USA), en el dictamen pericial fueron estimados en la cantidad de US\$13.198 dólares americanos.

Para efectos de liquidar ese valor en moneda nacional, de acuerdo con las distintas informaciones contenidas en periódicos, revistas, televisión y radio que diariamente hacen conocer el valor del dólar americano con relación al peso colombiano y que, precisamente por esa amplia publicidad se constituye en un hecho notorio, el cálculo indemnizatorio en moneda nacional resulta de multiplicar la cantidad de US\$13.198 dólares por \$687.77 pesos, de donde resulta la suma de \$9.077.188.46. Al agregarle a la cifra anterior la cantidad de \$428.668.61, resulta un total de \$9.505.857.07 que corresponde al monto de los perjuicios materiales en la modalidad de daño emergente.

Ahora bien, al valorar los perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante en el dictamen pericial se descarta la posibilidad de reconocer un lucro cesante consolidado porque “se trata de una menor de 7 años 8 meses, que en el momento de los hechos estudiaba; es decir, no era productiva...”. No obstante, con fundamento en las tablas de valoración para accidentes de trabajo del Código Laboral, que fija una indemnización de 24 meses de salarios para estas incapacidades, en la experticia se estimó un lucro cesante futuro de \$615.297.60, criterio pericial que acogió el *a-quo* para efectuar a su vez la liquidación correspondiente.

No comparte la Sala, sin embargo, el sistema de liquidar esta modalidad de los perjuicios materiales, por cuanto la Tabla contenida en el Código Sustantivo de Trabajo se aplica para “Valuación de incapacidades permanentes de accidentes de trabajo” y en el caso de la niña lesionada, por la falta de

capacidad laboral al producirse el daño, no se puede catalogar como si el mismo fuera consecuencia de un accidente laboral.

No significa lo anterior que la víctima en su mayoría de edad vaya a quedar desprovista de indemnización. De ninguna manera. En el caso presente, Edith María Sánchez Cadavid es una de las personas demandantes y el valor de la indemnización por lucro cesante es para ella, no para sus padres. Los daños que la accidentada sufrió física y psicológicamente fueron TAN GRAVES que su incapacidad laboral presente y futura es, cierta y absoluta.

En tales condiciones, si como jurisprudencialmente se ha previsto, a los 18 años de edad, los hijos se consideran en capacidad de proveer a sus propias necesidades, sin el auxilio económico de sus progenitores, resulta evidente en el caso examinado, que Edith María por razón de sus lesiones se encuentra imposibilitada para desempeñarse laboralmente, para sostenerse por sí misma, de donde surge el derecho a su indemnización.

Reitera en esta oportunidad la Sala, el criterio plasmado en providencia del 29 de junio de 1989; proceso 5225; actor: Javier de Jesús Angel Herrera, donde, con ponencia del Consejero de Estado Gustavo de Greiff Restrepo, cuando al resolver un caso similar al presente, no idéntico, en lo pertinente se dijo:

“Olvidó el sentenciador aquí, que la víctima es uno de los varios demandantes y que él no está pidiendo indemnización para sus progenitores porque los sostuviera económicamente, sino para él. El sufrió unos perjuicios no por futuros menos ciertos: En primer lugar tendrá que usar prótesis que reemplacen los miembros amputados y ellas tendrán que ser cambiadas a medida que se desarrolle físicamente; en segundo lugar, no podrá trabajar y sostenerse cuando alcance la mayoría. Estos perjuicios son susceptibles de evaluarse y por ello se impone la condena a su pago”. (Extractos, T. IV, pág. 429).

En el mismo fallo se recomendó como criterio para calcular el monto indemnizatorio, el valor del salario mínimo que “podría haber devengado el menor a partir de los 18 años y durante toda su vida probable si tuviera capacidad física...”.

Consecuente con el anterior razonamiento, se procede en el *sub-lite* a liquidar los perjuicios materiales sufridos por Edith María Sánchez Cadavid, así:

La fecha de su nacimiento fué el 2 de noviembre de 1972 (F. 3), es decir, que alcanzó su mayoría de edad el 2 de noviembre de 1990, fecha ésta a partir de la cual la cobija el valor indemnizatorio, hasta el cumplimiento del término de su vida probable, acertado o disminuído por razón de

las lesiones sufridas, a 65 años, de acuerdo con el criterio pericial que obra al folio 341 del proceso, plazo a cumplirse el 2 de noviembre del año 2.037. Como ingreso se tomará el valor del salario mínimo legal, que para el año 1991 era de \$51.720.00, de acuerdo con el Decreto 3.074 de 1990.

Se tomarán en cuenta dos períodos: el primero, vencido o consolidado, que va desde el 2 de noviembre de 1990 (mayoría de edad) hasta el 21 de noviembre de 1991 (fecha de esta sentencia), y el segundo, desde el 2 de noviembre de 1991 hasta el 2 de noviembre de 2.037 (cumplimiento del término máximo probable de vida).

Indemnización vencida:

Se aplica la fórmula: $S = R \frac{(1+i)^n - 1}{i}$

donde: S, es la suma que se busca; R, es la renta mensual (\$51.720.00); i, es el interés puro o técnico mensual (0.0004867); n, es el número de meses que comprende el período indemnizatorio (12 meses).

$$\text{Luego: } S = 51.720 \frac{(1 + 0.004867)^{12} - 1}{0.004867} = 12.3264908$$

$$S = 51.720 \times 12.3264908 = 637.526.10$$

Indemnización futura:

Se aplica la fórmula: $S = R \frac{(1+i)^n - 1}{i(1+i)^n}$

donde: S, es la suma buscada; R, es la renta o ingreso mensual establecido en noviembre de 1991 (\$51.720.00); i, es el interés mensual puro o técnico (0.004867); n, es el número de meses que comprende el período indemnizatorio (552 meses);

$$\text{Luego: } S = 51.720 \frac{(1 + 0.004867)^{552} - 1}{0.004867 (1 + 0.004867)^{552}} = \frac{13.5860754}{0.070990428}$$

$$191.3789750 \times 51.720 = \underline{\underline{\$9.898.120.62}}$$

Indemnización futura: \$9.898.120.62

Indemnización vencida: \$ 505.694.28

\$10.403.814.90

SECCION TERCERA

Resumen:

| | |
|-----------------------------------|-------------------------|
| Daño emergente: | \$ 9.505.857.07 |
| Lucro cesante: | <u>\$ 10.403.814.90</u> |
| TOTAL perjuicios materiales | <u>\$ 19.909.671.97</u> |

En mérito de lo expuesto, de acuerdo con el concepto del Fiscal Décimo, 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 de 28 de noviembre de 1990, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca.

SEGUNDO: Modifícase el ordinal 2o. de la sentencia apelada, el cual queda así:

2o. Como consecuencia de la declaración anterior el Establecimiento Público EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI "EMCALI" deberá pagar: a) como indemnización por perjuicios morales a Edith María Sánchez Cadavid, Tulio Enrique Sánchez Nieva y María Josefina Cadavid, el equivalente en pesos a 1.000 gramos de oro fino para cada uno de ellos, de acuerdo con el juicio que para la fecha de ejecutoria de esta providencia certifique el Banco de la República; b) por concepto de indemnización por perjuicios materiales la empresa demandada pagará a Edith María Sánchez Cadavid, Tulio Enrique Sánchez Nieva y María Josefina Cadavid, la cantidad de diecinueve millones novecientos nueve mil seiscientos setenta y un pesos con 97/100 moneda legal (\$19.909.671.97) de acuerdo con la liquidación hecha en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: Dése cumplimiento a los artículos 176 y 177 del C.C.A.

COPIESE, NOTIFIQUESE, CUMPLASE Y DEVUELVA.

Esta providencia fué estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha, veintiuno (21) de noviembre de mil novecientos noventa y uno (1991).

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

ACCION DE REPARACION DIRECTA/CADUCIDAD/PRESCRIPCION

Si es de la esencia de la prescripción que ella se configure a partir del momento en que el derecho se puede exigir, se hace indispensable entonces establecer con precisión el momento, para luego sí calcular y determinar la configuración o no del correspondiente plazo prescriptivo. En el *sub lite* resulta claro que el término de prescripción en favor de la Nación sólo podía empezar a correr a la terminación total de la obra (avenida El Dorado) y no al finalizar cada etapa o calzada de la misma.

RESPONSABILIDAD POR OCUPACION DE INMUEBLES

Es manifiesta la ocupación por parte de la Nación de una zona de terreno cuya propiedad corresponde a una sociedad; tal ocupación afectó económicamente los intereses de ésta y, por consiguiente, en su favor resulta la obligación estatal de indemnizarle los perjuicios que aquélla le generó. Tal compromiso indemnizatorio le corresponde a la Nación, en virtud de ser propietaria de las vías públicas carreteables y urbanas, con mayor razón cuando la construcción de las mismas se contrató directamente o en su nombre.

DEMANDA—Interpretación/PRINCIPIO DE EFECTIVIDAD DE LOS DERECHOS SUSTANTIVOS/PREVALENCIA DEL DERECHO SUSTANCIAL

La interpretación y concreción del “petitum” que se hizo en la sentencia recurrida obedeció a la facultad y, desde luego, al deber que tiene el juzgador para interpretar la demanda con miras a no entorpecer el accionar del reclamante, con mayor razón cuando del contexto mismo de dicho libelo resulta clara la vía procesal a seguir y la orientación que lleva a las distintas peticiones relacionadas, así lo hayan sido en forma

SECCION TERCERA

desordenada e informal. Corresponde al fallador tener en cuenta que “el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos y por la ley sustancial”.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Santafé de Bogotá, D. C., noviembre veintidos (22) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Dr. Daniel Suárez Hernández*

Referencia: Expediente No. 6223.— Actor: Sociedad Comercial Urbanización Normandía Ltda.

Conoce la Sala del recurso de apelación que interpuso la parte actora contra la sentencia de 22 de febrero de 1990 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, mediante la cual se dispuso:

“1o. Declárase probada la EXCEPCION DE CADUCIDAD DE LA ACCION, con relación a los daños ocasionados por OCUPACION PERMANENTE a raíz de la construcción de la CALZADA NORTE DE LA AUTOPISTA ELDORADO.

“2o. En consecuencia de la anterior declaración niéganse las súplicas de la demanda, relativas a este hecho.

“3o. Declárase administrativamente responsable a la NACION —Ministerio de Obras Públicas y Transporte por OCUPACION PERMANENTE A CONSECUENCIA DE LA OBRA PUBLICA REALIZADA PARA CONSTRUIR LA CALZADA SUR DE LA AUTOPISTA DE ‘ELDORADO’, en zonas de propiedad de la Sociedad ‘URBANIZACION NORMANDIA’.

“4o. Como consecuencia de la anterior declaración CONDENASE A LA NACION—Ministerio de Obras Públicas y Transporte a cancelar a la Sociedad ‘URBANIZACION NORMANDIA’. —en liquidación—, POR CONCEPTO DE DAÑO EMERGENTE, la suma establecida en la parte motiva de esta sentencia.

“5o. No prospera la OBJECION QUE POR ERROR GRAVE, formuló la parte actora.

6o. Niéganse las demás súplicas de la demanda”. (Fols. 259—60).

I. ANTECEDENTES

1o. La demanda

La Sociedad Comercial "URBANIZACION NORMANDIA LTDA.", por conducto de su representante legal, el 16 de noviembre de 1984 formuló demanda contra la Nación "para que por medio de los trámites que correspondan al PROCEDIMIENTO ORDINARIO, previsto en el Título XXIV del Código Contencioso Administrativo, se le condene a la reparación del daño causado y al pago de las sumas a que den lugar los hechos probados o que se prueben dentro del proceso y que afectaron los derechos de la Sociedad URBANIZACION NORMANDIA LTDA., según lo contenido en este escrito de la demanda", en donde textualmente relacionó las siguientes "PRETENSIONES DE LA SOCIEDAD URBANIZACION NORMANDIA LTDA., EN LIQUIDACION, FRENTE A LA NACION":

"1o. La Sociedad por mí representada, considera que la NACION por intermedio del Ministerio de Obras Públicas y Transporte, es responsable directamente por HECHOS representados en las obras ejecutadas para la construcción, ampliación y terminación de la Autopista a Eldorado y, por tanto, responsable de la reparación del daño por la ocupación permanente de terrenos de su propiedad, ocurrida en distintas épocas.

"2o. Los trabajos ejecutados hasta el año de 1981 para llevar al estado actual la Autopista a Eldorado, han afectado terrenos de la demandante en extensión de 35.157 M2.

"3o. La NACION se ha visto favorecida por una obra de la magnitud de la que corresponde a la Autopista a Eldorado, incorporada al sistema del Plan Vial Nacional, y por ende al uso público, a través de un procedimiento anómalo e irresponsable, claramente contrario a la Ley y por lo mismo con causa ilícita. No es dable, entonces, para mi apoderada ejercitar acciones diferentes a las de reparación del daño causado, la cual procede en virtud de las siguientes comprobaciones:

"a) Si bien es cierto que en el régimen legal colombiano existe un procedimiento de afectación a la propiedad privada, cuando de una función social se trata, éste debe hacerse al tenor de lo dispuesto en el Artículo 30 de la Constitución Política, o sea, a través de una ley, de una sentencia de expropiación y junto con el pago de una previa indemnización; en este caso estaríamos frente a una EXPROPIACION REGULAR;

"b) Pero cuando no existe procedimiento y los pocos actos cumplidos por la administración no se traducen en una negociación seria y completa, estamos frente a lo que la Corte Suprema de Justicia denomina una

forma de EXPROPIACION IRREGULAR, llevada... a cabo por órganos de la Administración mediante la ejecución de simples vías de hecho contra los ciudadanos, sin que se hayan invocado ante Juez competente los motivos de interés público o de interés social definido por el legislador, ni exista sentencia judicial que la decreta ni que ha ya satisfecho la indemnización que aquello implica" (Sentencia de junio 21 de 1961 G. J. TOMO XXVI, pág. 296). Continúa la Corte diciendo en otra sentencia que... "Cuando el Estado incorpora al servicio público un bien raíz que pertenece al particular omitiendo el acuerdo directo con él sobre la transferencia o dejando de lado el proceso de expropiación, y, por las vías de hecho se apodera del inmueble no teniendo esta conducta soporte legal sino por el contrario un desconocimiento de la ley, el particular agraviado que procura que se le tutele su derecho, tiene la facultad de solicitar del Estado, cuando no es posible recuperar la cosa misma, que se le indemnice el daño causado, el cual se traduce en el valor del terreno ocupado a manera de subrogado real, más el lucro cesante si lo hubiere...". (G. J. Tomo LXXX, pág. 259).

"4. La pretensión de mi apoderada, es pues, la reparación del daño causado, el cual deberá señalarse como una indemnización que deberá comprender:

"a) El valor de los terrenos expropiados irregularmente, tasados al precio actual, el cual deberá ser determinado por los peritos designados por el Honorable Tribunal para tal efecto; y,

"b) El lucro cesante que representa para la Compañía por mí apoderada, al no haber podido disponer de su patrimonio en la forma prevista en su objeto social, más los intereses que correspondan a la suma que represente la indemnización decretada, entre la fecha del fallo y aquella en que efectivamente se pague por la NACION dicho valor, o una suma compensatoria a estas pretensiones, a juicio del Honorable Tribunal". (Fols. 13 a 15).

2. Fundamentos de hecho

Aparecen amplia y detalladamente relacionados en la demanda a los folios 1 a 13 del expediente principal. Sin embargo la Sala los resume así:

1o. Mediante escritura pública número 2.761 de 15 de septiembre de 1927 de la Notaría Segunda de Bogotá, debidamente registrada, la señorita Ana Bravo Salcedo, luego de Pol, compró al señor Pompilio Bravo el inmueble denominado "Hacienda Normandía", ubicado en jurisdicción del municipio de Engativá, de una extensión aproximada a 184 fanegadas y 1.237 varas cuadradas, o bien, 1.841.237 varas cuadradas.

2o. Por escritura pública número 411 del 9 de febrero de 1955, de la Notaría Primera de Bogotá, se constituyó la compañía "Urbanización Normandía Ltda.", con domicilio social en Bogotá, y matriculada en la Cámara de Comercio de esta ciudad. Con posterioridad, en los términos de la escritura pública número 309 del 6 de febrero de 1970, de la Notaría Octava de Bogotá se declaró disuelta y en estado de liquidación.

3o. La señora Ana Bravo de Pol, mediante la escritura pública número 411 del 9 de febrero de 1955 de la Notaría Primera de Bogotá transfirió a la Sociedad Urbanización Normandía Ltda., como aporte social, los derechos de dominio y posesión que tenía sobre la finca Normandía, así como sobre el predio denominado Instituto Bioquímico el cual había sido segregado de la finca Normandía por escritura pública número 1875 del 17 de abril de 1950 de la Notaría Cuarta de Bogotá.

4o. El objeto social de la Urbanización Normandía Ltda., era "la parcelización, urbanización y venta de la finca denominada Normandía...", en cuyo desarrollo podía "verificar cualesquiera clases de actos o negocios de comercio que se desarrollen con el objeto social".

5o. Por escritura pública número 5245 de 27 de septiembre de 1957 de la Notaría Quinta de Bogotá, la sociedad demandante protocolizó el plano de loteo de la Urbanización Normandía de Bogotá.

6o. Aproximadamente en 1956 y 1957 se comenzó la construcción de la autopista que de Bogotá conduce al aeropuerto Eldorado y se dió inicio a la construcción de la primera calzada sobre el costado norte, la cual se terminó en 1958 en que se dió al servicio el aeropuerto mencionado. Esta calzada ocupó una zona de terreno de propiedad de la Urbanización Normandía Ltda., en área calculada de 5.320 metros cuadrados.

7o. En el año de 1965 se construyó la calzada Sur de la misma autopista y afectó también en 1955 M2, terrenos de la Urbanización Normandía.

8o. La construcción de las calzadas centrales de la mencionada autopista se inició en 1980 y afectó terrenos de la Urbanización accionante en extensión de 27.882 M2, la cual, sumada con las superficies antes referidas da un total de 35.157 metros cuadrados, sobre los cuales se hace la reclamación indemnizatoria.

9o. Por acuerdo entre el Ministerio de Obras Públicas -Fondo Vial Nacional y el Instituto de Desarrollo Urbano IDU, contenido en el contrato número 255 del 19 de junio de 1973, los trámites para el cobro de la valorización originada por la Avenida Eldorado corresponderían al IDU y a su vez quedaba obligado a negociar las zonas de terreno afectadas por la construcción de dicha vía. Previamente la sociedad demandante había sostenido con-

SECCION TERCERA

versaciones con el Fondo Vial Nacional y con el Ministerio de Obras Públicas sobre las zonas ocupadas con las calzadas externas (Sur-Norte), y los terrenos comprendidos entre las mismas, sin lograr concreción de ninguna naturaleza.

10o. En el año de 1975 la sociedad Urbanización Normandía Ltda., inició las reclamaciones ante el IDU para el pago de los terrenos ocupados por las calzadas externas. Sin embargo, las negociaciones llegaron a diciembre de 1983 sin resultados efectivos o concretos para la reclamante.

11o. El 20 de mayo de 1980 la Dirección del IDU fué enterada por escrito que la Urbanización Normandía Ltda., iba a negociar los terrenos ocupados. El 2 de junio del mismo año, la firma demandante solicitó a ese instituto el aplazamiento de las acciones fiscales que adelantaba para el cobro de impuestos a cargo de la sociedad, en razón a que estaban de por medio las negociaciones de los terrenos ocupados.

12o. Como la División de Adquisición de Inmuebles del IDU requería de la Urbanización Normandía Ltda., su colaboración para que autorizara expresamente el uso de los terrenos donde se construirían las calzadas centrales de la avenida referida, se efectuaron distintas reuniones entre la sociedad propietaria de las tierras, el IDU y el Ministerio de Obras Públicas, al cabo de las cuales, aquélla, bajo promesa de una inmediata negociación de los terrenos, autorizó y entregó al IDU y al Ministerio las zonas que necesitaban. Así se consiguió en comunicación escrita del 25 de julio de 1980, radicada en el IDU. En tales reuniones se hicieron presentes el Jefe de la División de Adquisición de Inmuebles del IDU, el Abogado de la misma División de Adquisición de Inmuebles, la Asesora del Ministerio de Obras Públicas y el representante de la firma actora. como resultado de esta reunión el Ministerio aludido ofició al Director del IDU para que ese instituto se hiciera cargo de las adquisiciones e indemnizaciones correspondientes. El IDU, a su vez, inició los estudios respectivos sobre el particular.

13o. Fue así como el IDU inició una evaluación de los terrenos afectados y afectables por las vías. Para tal efecto, la firma actora, a petición del IDU, aportó distintos documentos para determinar si la urbanización había cumplido con la cesión del 7% del total del área urbanizada y destinada a las obras del Plan Vial. En enero de 1981 el IDU estableció que el área total por negociar era de 93.467.37 m².

14o. Los expedientes relacionados con la negociación de los terrenos referidos se extraviaron y sólo hasta mayo de 1982, por solicitud del Personero de Bogotá, el IDU designó un funcionario para adelantar lo relacionado con tales negociaciones. No obstante, en noviembre de 1982, la firma demandante se vió en la necesidad de enviar una nueva comunicación a la administración distrital para urgir la definición de las negociaciones, con la advertencia de tener que acudir a una acción judicial.

15o. Ante el requerimiento de la empresa demandante, el Sub-director Legal del IDU, en oficio dirigido al Personero Delegado de Bogotá, le refiere sobre los contactos hechos con el Ministerio de Obras Públicas, "con el fin de obtener autorización para pagar los predios afectados por las obras correspondientes al Ministerio de Obras Públicas...".

16o. En marzo de 1983, el IDU solicitó planos que a pesar de tenerlos no se encontraban, para elaborar un registro topográfico de la Urbanización Normandía, en la creencia de que el registro No. 4.176 podría estar equivocado. De inmediato, el 24 de marzo le fueron entregados los documentos requeridos. En abril 24 el IDU, por intermedio del Sub-director Legal informa sobre la elaboración de un nuevo registro topográfico, del cual dependería la negociación.

17o. El 3 de mayo de 1983, el mismo funcionario envió copia del memorando 430-355 del 15 de abril, de la División de Estudios Técnicos, en el cual se anulaba el registro topográfico No. 4. 176, porque la sociedad había cedido algunas zonas al Distrito para el Plan Vial, según escritura pública No. 1.768 de 19 de mayo de 1970 de la Notaría Octava de Bogotá. La demandante le aclaró al IDU que las cesiones no comprendían los terrenos objeto de la negociación, pues el Registro Topográfico 4176 lo elaboró el IDU después de estudiar el asunto y sin participación de la firma actora. Para hacerlo se tomó el área total de la Urbanización, calculada por el IDU en 1.087.227.29 metros cuadrados; el 7% que debía ceder al Distrito se calculó en 76.109.46 metros cuadrados; sumadas las áreas afectadas por las obras del Plan Vial éstas dieron 169.576.83 metros cuadrados y al restarle el 7%, o sea 76.109.46 metros cuadrados, dió una diferencia en favor de la urbanización de 93.467.37 metros sobre los cuales debía renegociarse.

18o. El 14 de junio de 1983, la sociedad urbanizadora requiere una vez más al Instituto de Desarrollo Urbano para negociar las zonas afectadas por la Autopista a Eldorado. Con fecha 25 de julio de 1983, la Sub-dirección Legal del IDU acepta la negociación sobre una pequeña Zona de terreno utilizada para la construcción de la Avenida Boyacá, al sur de la autopista. Sobre los terrenos de ésta última se abstiene de negociar y remite para tal efecto a la Dirección General de Valorización, basada en el inciso 2o. del contrato No. 255 de junio de 1973 suscrito entre el IDU y el Ministerio de Obras Públicas. La sociedad, desde luego, mostró su extrañeza frente a la anterior comunicación, que iba en contra de largo tiempo de negociaciones y que se traducía al decir de la demandante, en "físico 'caramelo' durante tantos años".

19o. El 24 de agosto de 1983, la subdirección Legal del IDU comunica a la firma demandante que la Autopista a Eldorado pertenece a la red nacional de carreteras y que, por consiguiente, debía negociar con la División Nacional de Valorización del Ministerio de Obras Públicas. Ante este último

pronunciamiento del Instituto de Desarrollo Urbano, el 21 de septiembre de 1983, la firma organizadora puso en conocimiento del Ministerio de Obras Públicas lo sucedido a través de los años anteriores. Este Despacho, mediante comunicación MJ-43832 suscrita por el Ministerio aludido, manifestó a la sociedad referida que los Ministerios “carecen de competencia para reconocer y recibir reclamaciones relativas al reconocimiento y pago de perjuicios causados por hechos de la administración...”, y que el pago sólo podía producirse como consecuencia de una acción judicial contra la Nación, ofreciendo así “una palpable muestra de paquidermismo oficial cuya actitud bien puede conjugarse en la frase: DEMANDE a la NACION porque nosotros actuamos pero no pagamos”.

Fundamenta su reclamación la sociedad demandante en los artículos 30 de la Constitución Nacional y 86 del C.C.A.. Se respalda además en jurisprudencias de la Corte y conceptos doctrinarios, que llevan a la actora a concluir que en el caso bajo estudio se dan los presupuestos para solicitar la reparación del daño, a saber: el dominio del demandante, ocupación de hecho por el demandado, carácter permanente de la ocupación, la ocupación la causa un trabajo público y se produjo un daño con motivo de la nombrada ocupación.

3. Trámite del proceso

Con fecha 29 de abril de 1985 fué notificado del auto admisorio de la demanda el Ministro de Obras Públicas y Transporte. (Fol. 34). Por conducto de apoderado el Ministerio contestó la demanda, se opuso a las peticiones de la misma y solicitó la práctica de distintas pruebas. Propuso además la excepción de caducidad de la acción, conforme al inciso 4o. del artículo 136 del C.C.A., por cuanto la demanda se había presentado el 16 de noviembre de 1984, fecha para la cual, dá a entender que se había terminado al ejecución de la vía al aeropuerto Eldorado y ya se habían cumplido los dos años de caducidad de la acción de reparación directa. (Fols. 35 a 39 C. 1).

La parte actora, en escrito de folios 50 a 52, expresó su desacuerdo con los planteamientos de la demandada y de manera especial impugnó las razones para alegar la caducidad de la acción, porque los hechos fueron anteriores a la vigencia del Decreto 01 de 1984 y porque, las excepciones de fondo debían decidirse en la sentencia.

El Tribunal dispuso la práctica de las pruebas solicitadas, de las cuales, sobre el dictamen pericial las partes pidieron aclaraciones y la demandante lo objetó por error grave. Evacuadas en lo posible las probanzas decretadas, correspondió a las interesadas alegar de conclusión, como en efecto lo hicieron.

4. Alegatos en primera instancia.

En escrito que obra a folios 163 a 174 la apoderada del Ministerio de Obras Públicas reiteró su oposición a las pretensiones de la demanda por considerar que no le asiste derecho a la actora, y porque el inmueble "pasó al Estado, por el fenómeno de la prescripción y aún puede afirmarse que también por la caducidad..."

Aduce además que la demanda no cumple los requisitos de orden legal, porque si bien se dirige contra la Nación, nada se dice de su representante. De igual forma cuestiona la omisión de un aparte del libelo demandatorio que concrete las pretensiones, pues lo que supuestamente correspondería a dicho aparte no es sino una narración de hechos. "No se trata de citar descoordinaadamente lo que se quiere, dice la memorialista, sino de ser enfático en las pretensiones de tal manera que el juzgador acepte o deniegue lo que bajo ese título se solicita". (Fol. 164).

Con respecto a la excepción de caducidad estima que debe declararse probada porque a la presentación de la demanda en noviembre de 1984 ya habían transcurrido no sólo los dos años establecidos en el C.C.A., sino además los 20 años necesarios para la prescripción consagrada en la Ley 50 de 1936, la cual pide que se declare.

La caducidad del artículo 136 del C.C.A. considera que debe aplicarse a partir del 1o de marzo de 1984 o vigencia del nuevo ordenamiento. Así lo entiende "por cuanto se trata de una disposición procedimental y por lo tanto de orden público que hace que su aplicación sea inmediata...". Se apoya además en los artículos 40 y 41 de la Ley 153 de 1887, en cuanto el primero de ellos establece que "las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deban empezar a regir", razón por la cual la caducidad del C.C.A., se debe aplicar desde el 1o. de marzo de 1984. En relación con la segunda disposición anotada, se advierte en el alegato que en aquella se habla siempre de prescripción y no de caducidad, luego no hay lugar "al paso de la prescripción a la caducidad sino de prescripción a prescripción que es un fenómeno totalmente diferentes", por lo que no resulta posible elegir la clase de prescripción como lo consagra el artículo 41 citado, el cual lo considera inaplicable en el caso estudiado.

Argumenta que si las calzadas laterales se construyeron en 1956, la zona verde comprendida entre ellas la consideraba el Estado como de su propiedad, frente a lo cual la Urbanización Normandía tuvo plazo hasta el año de 1976 para reclamar su derecho por ocupación permanente, es decir, hasta cuando se consumó la prescripción de 20 años, sin que hubiese adelantado reclamación alguna en dicho lapso. Por consiguiente, agrega, si con posterioridad a 1956 el Fondo Vial Nacional construyó las calzadas centrales, debe

SECCION TERCERA

entenderse que lo hizo en un predio que ya consideraba suyo desde 1956. Lo anterior le permite concluir a la apoderada del Ministerio de Obras Públicas que en este caso se dan, no sólo los dos años de caducidad (art. 136 C.C.A.), sino los veinte años de prescripción (Art. 40 de la Ley 153 de 1887, lo. de la Ley 50 de 1936 y 2536 del C.C.).

Estima la memorialista del ente oficial, que la demanda equivocadamente se dirigió contra la Nación Colombiana, cuando la persona jurídica encargada de la construcción de las carreteras “y que por lo tanto debe adquirir los bienes para la construcción de las vías e indemnizar a sus propietarios, es la persona jurídica denominada FONDO VIAL NACIONAL creada por la Ley 64 de 1967 acto este que fué reglamentado por el Decreto 2862 de 1988 y adicionado por la Ley 30 de 1982 y Decreto Reglamentario 1013 del mismo año”. De la lectura de estas disposiciones, según dicha apoderada, se concluye “que se ha demandado a una persona que no tiene relación de causa con los hechos que se dicen motivaron la acción”. Refuerza su posición al referirse al contrato celebrado entre el Fondo Vial Nacional y la firma Vicón Ltda., para la construcción y pavimentación de las calzadas centrales de la Avenida Eldorado, donde contrata el Fondo Vial y no la Nación.

Al referirse a “las pretensiones de la demanda”, observa la memorialista que “no reúne las condiciones jurídicas de una pretensión de demanda... porque allí lo que se hace es una narración de hechos y nada más...”, razón que le permite oponerse a tales pretensiones.

En cuanto al dictamen pericial reitera el desacuerdo expresado inicialmente porque “se tomó un valor unitario del terreno en metros cuadrados sin que hubiese una base comprobada que permitiera justificar ese valor que además representa un valor excesivo e injustificado”. Advierte que al descomponer los 35. 157 metros cuadrados, y asignarle a la calzada norte 5.320 metros cuadrados en 1958, es una fecha que conlleva el término prescriptivo de 20 años. Sobre la Calzada Sur, no está de acuerdo con la fecha de ocupación de 1965 consignada en la experticia, pues considera que ella se produjo en 1962 conforme al contrato celebrado con la Empresa Colombiana de Aerodromos. La zona central calculada en 27.882 metros cuadrados, estima que como zona verde de las calzadas Sur y Norte, “también quedó sometida al fenómeno de la prescripción”. Agrega que el área de construcción de la Avenida Boyacá (4.585.50 m²) debe descontarse porque aquella la hizo el Distrito Especial de Bogotá y no el Fondo Vial Nacional.

Para finalizar su alegación, aduce la apoderada del Ministerio de Obras Públicas que “la Avenida Eldorado es una verdadera calle de la urbanización y la causa indiscutible de la valorización de toda la Urbanización Normandía”.

La parte actora también alegó de conclusión y reiteró su posición y aspiraciones plasmadas en el libelo inicial,

Con relación a las excepciones propuestas por la demandada, sostiene que hasta última hora el Ministerio de Obras Públicas realizó actuaciones relacionadas con el caso que originó este proceso, entre ellas la remisión a la jurisdicción que hizo el Ministro del ramo y la manifestación del IDU para que continuara las negociaciones con la Dirección Nacional de Valorización del Ministerio referido. Luego de hacer algunas consideraciones sobre la aplicación de la caducidad, a cuya retroactividad se opone, con citas jurisprudenciales y legales, sostiene que “la caducidad no puede alegarse sin que por lo menos haya transcurrido un tiempo igual de vigencia al que opera en la norma para la misma caducidad”; afirma, que la demandada ha debido proponer la prescripción, por cuanto que “la caducidad no existía al momento de ocurrencia de los hechos”. Más adelante, expresa el accionante que “la Administración después de mantener en vilo a la Sociedad Actora durante tantos años de negociación, no puede pretender que es de buena fé remitirla a la jurisdicción y luego allí obrar como contraparte, y alegar excepciones que a todas luces son improcedentes”. Aduce que aún interpuesta en términos la excepción de prescripción, ésta no hubiera prosperado “en virtud de que estaba interrumpida por las negociaciones entre las partes...”.

Considera la firma actora que la Nación como beneficiaria directa de las obras debe responder por los daños causados por su ejecución y recuerda que en el contrato No. 255 del 19 de junio de 1973, celebrado entre el Fondo Vial Nacional y el Instituto de Desarrollo Urbano, “se menciona que las adquisiciones deben hacerse a nombre de LA NACION-FONDO VIAL NACIONAL, pero a través de negociaciones que haga la Dirección Nacional de Valorización”. Precisamente, dice el demandante, de las continuas conversaciones con el Ministerio de Obras Públicas salió la idea de negociar con el IDU, sin que por ello el Ministerio perdiera su condición de mandante porque es el dueño de las obras ya que estas forman parte del Plan Vial Nacional.

Culmina su alegación, en primer lugar con solicitud expresa de que se reconozca que la Nación por intermedio del Ministerio de Obras Públicas y Transporte ocupó terrenos de la demandante y que, por consiguiente, debe responder por el valor total de los terrenos ocupados (\$316.413.000.00), así como por el lucro cesante, perjuicios materiales y morales.

La Fiscalía Quinta del Tribunal, al rendir su concepto de rigor, consideró que debía “abstenerse de fallar el fondo de la litis”, por darse la caducidad de la acción.

5. La sentencia apelada

El 22 de febrero de 1990, el Tribunal del conocimiento dictó la sentencia objeto del presente recurso (Fls. 205 a 260), cuyos aspectos fundamentales fueron los siguientes:

SECCION TERCERA

Aprecio el *a-quo* que para la construcción de la Autopiستا El Dorado en terrenos de la sociedad demandante se dieron varios hechos independientes, de donde infiere la necesidad de estudiar el fenómeno de "la caducidad" de acuerdo con tales hechos, lo que conlleva a tomar en consideración, y por aparte, la construcción de las distintas calzadas: la Norte, la Sur y las dos centrales.

Con respecto a la calzada Norte entendió el Tribunal que su construcción se inició en noviembre de 1955 y culminó en febrero de 1958, conforme al acta de liquidación del respectivo contrato con la firma Pardo, Restrepo, Santamaría Ltda., (Fls. 144, C. 6).

En relación con la calzada Sur, se anota en el fallo recurrido que mediante el contrato No. 157 de 24 de Agosto de 1962 se convino la construcción de esta calzada. Dicho contrato fué modificado y adicionado en varias oportunidades, y estima acreditado que para el 6 de febrero de 1967 la obra aún no se había concluído.

La construcción de las calzadas centrales la contrató el Fondo Vial Nacional con la firma VICON LTDA., en 1980. Tal contrato sufrió varias adiciones y modificaciones.

De lo anterior deduce el Tribunal dos actividades materiales diferentes: la primera que implica la ocupación plenamente por trabajos públicos para la construcción de la calzada norte que culminó en febrero de 1958. La segunda resultante de la construcción de la calzada Sur, la cual, a pesar de no haberse demostrado la fecha de su terminación, sí permite concluir que, por lo menos para el 6 de febrero de 1967 la obra no se había finalizado.

En este orden de ideas, arriba el Tribunal a la conclusión de que en 1978, veinte años después de construída la calzada Norte, para la actora "PRESCRIBIO NEGATIVAMENTE SU ACCIONAR. Ese término VEINTENARIO DE PRESCRIPCION, devenía de la Ley 50 de 1936, artículo 1o. Se consagraba allí el término de la PRESCRIPCION ORDINARIA". (Fol. 239). Esta construcción ocupó permanentemente predios de la demandante, en forma independiente de los ocupados con la construcción de la calzada Sur.

Agrega el fallador de primer grado que la calzada Sur originó no sólo la ocupación permanente real del espacio correspondiente a esa vía, sino también la zona intermedia entre las calzadas Norte y Sur, lo cual implicó la afectación de estos terrenos centrales, sin que fuera necesaria en esa ocasión la construcción de las calzadas centrales.

De las apreciaciones relacionadas, concluye el Tribunal que "prescribió negativamente el accionar 'del ocupado'", porque había transcurrido el término de 20 años consagrado en el artículo 1o. de la Ley 50 de 1936, en

cuanto se relaciona con la ocupación de la calzada Norte. Por el contrario, estima que, no prospera la excepción respecto de la calzada Sur y los terrenos comprendidos entre ésta y la Norte, porque a la fecha de presentación de la demanda la caducidad de la acción no se había configurado, por cuanto la firma actora hubiese podido demandar, en término, hasta el 1o. de marzo de 1986.

Frente a las razones de la parte demandante según las cuales no se daba la caducidad por cuanto aún en 1983 el Ministerio de Obras Públicas y el IDU actuaron administrativamente al oficiarle en torno de su reclamación, anota el *a-quo* que no es de acogida porque el daño proviene de una ocupación permanente o sea de un hecho administrativo.

En cuanto al aspecto fundamental del proceso, es decir, la responsabilidad de la administración por ocupación permanente por trabajos públicos, encontró el *a-quo* configurados los elementos que la integran: la realización de la obra, la propiedad del inmueble en cabeza del afectado y la existencia del daño o perjuicio.

La construcción de la obra se demostró según la sentencia apelada, con los contratos celebrados para la ejecución de las calzadas, con el Acta de la diligencia de Inspección Judicial con intervención de peritos, cuyo dictamen lo acoge porque se funda en conocimientos técnicos, proveniente de peritos idóneos, quienes además examinaron terrenos, planos y escrituras, complementaron su información con aportes documentales del IDU; fué una experticia clara, precisa y detallada y se dió la oportunidad para su contradicción. De dicho dictamen el *a-quo* dedujo que los terrenos ocupados eran de propiedad de la sociedad actora (Fl. 117 Cuaderno principal y planos de ubicación Fol. 188 C. 1).

La propiedad del inmueble ocupado por los trabajos públicos, la infiere el Tribunal de la escritura pública 411 de 9 de febrero de 1955 de la Notaría Primera de Bogotá, mediante la cual se constituyó la Sociedad Urbanización Normandía Ltda. (Fols. 10 a 14, 128 a 141 C. 13), en la que Ana Bravo de Poi aporta los terrenos de la Hacienda Normandía, los cuales, a su vez, había adquirido de Pompilio Bravo, mediante la escritura pública No. 2761 del 15 de septiembre de 1927 corrida en la Notaría Segunda de Bogotá. (Fols. 120 a 127 C. 13 y Fl. 1 y ss. C. 14).

Sobre el daño o perjuicio causado a la firma demandante con la ocupación permanente de sus terrenos, estima el *a-quo* que aquel surge de las pruebas recaudadas que demuestran la afectación de tales terrenos, en tal forma que "rompió el equilibrio frente a las cargas públicas de un sujeto de derecho y obligaciones, causándole así UN DAÑO a consecuencia de una tarea pública".

SECCION TERCERA

También hace referencia el fallo recurrido a las pretensiones de la sociedad demandante, las cuales, desde luego, no fueron clara y ordenadamente relacionadas. Con miras a concretarlas, para efectos de establecer exactamente lo pretendido en la demanda, el *a-quo* estima que son estas las declaraciones que quiere la demandante se produzcan:

La primera: "La sociedad por mí representada, considera que la NACIÓN por intermedio del Ministerio de Obras Públicas y Transporte, es responsable directamente por HECHOS representados en las obras ejecutadas para la construcción, ampliación y terminación de la Autopista a El Dorado y, por tanto, es de su propiedad, ocurrida en distintas épocas". (Fol. 251).

Con relación a lo anterior, el Tribunal decidió declarar la responsabilidad administrativa de la Nación—Ministerio de Obras Públicas y Transporte por la construcción de la calzada Sur de la Autopista a Eldorado, incluida la zona comprendida entre ésta y la calzada Norte de la misma vía.

La segunda pretensión: "La pretensión de mi apoderada, es pues, la reparación del daño causado, el cual deberá señalarse como una indemnización que deberá comprender:

"a) El valor de los terrenos expropiados irregularmente, tasados al precio actual, el cual deberá ser determinado por los peritos designados por el Honorable Tribunal para tal efecto; y

"b) El lucro cesante que representa para la Compañía por mi apoderada, el no haber podido disponer de su patrimonio en la forma prevista en su objeto social, más los intereses que correspondan a la suma que represente la indemnización decretada, entre la fecha del fallo y aquella en que efectivamente se pague por la NACIÓN dicho valor, o una suma compensatoria a estas pretensiones, a juicio del Honorable Tribunal. (Fols. 251 y 252).

Para establecer el daño emergente estimó el Tribunal que debía descontarse del área total afectada según los expertos, las superficies correspondientes a la calzada Norte y la Avenida Boyacá, de donde resulta una área de 25.252 metros cuadrados, los que multiplicados por \$8.548.50 que vale cada metro, luego de descontar la valorización, da un total de \$215.866.722.00 moneda corriente. Con relación al lucro cesante la pretensión se denegó porque no fue demostrada.

La tercera pretensión, sobre los perjuicios morales: "Surgen éstos al verse gravada inmisericordemente con altísimas contribuciones de valorización, las cuales no pudieron pagarse oportunamente, esperando el pago de las zonas que se estaban negociando, y digo que existen perjuicios morales, porque el IDU embargó a la Sociedad URBANIZACION NORMANDIA LTDA.,

(hoy en liquidación) por el no pago oportuno de las contribuciones de valorización, las cuales fueron finalmente pagadas junto con intereses comerciales moratorios. Tales embargos ocasionaron descrédito frente a los clientes compradores y conflictos con varios de ellos al no poderse escriturar terrenos vendidos en la oportunidad y dentro de los términos previstos en las promesas de compraventa, empujando a la Sociedad a malvender bienes y terrenos para aplicar su producido a las cuentas pendientes con el IDU, quién cobraba por delegación del MOP. También ha causado indecibles angustias en sus socios y directivos, al mantenerse en vilo frente a años y años de infructuosas negociaciones””. (Fol. 258).

El *a-quo* desestimó estos perjuicios porque consideró que los actos y hechos administrativos de los cuales se hacen derivar, “son extraños al PETITUM DE LA DEMANDA”.

Con referencia a la objeción que por error grave hiciera la parte actora al dictamen pericial, por haber descontado gastos hipotéticos como si se hubieren efectuado obras de urbanismo, cesión de vías y zonas públicas, administración, diseños, imprevistos, titulaciones, gastos financieros, publicidad, y utilidad, hasta reducir el precio del metro cuadrado a \$2.610, aspecto que no fué objeto del dictamen, el Tribunal no lo apreció y consecuentemente no prosperó la objeción propuesta.

6. Alegaciones en la segunda instancia

Inconforme con la decisión de primera instancia, la actora recurrió en apelación. En la oportunidad procesal correspondiente las partes alegaron de fondo así:

A folios 241 a 285 obra el escrito de la demandada en donde reitera el cuestionamiento a las desordenadas pretensiones de la demanda. De igual forma, como lo hizo en el alegato de primera instancia, antes referido, insiste en que si la ocupación se inició en 1956, para la fecha de presentación de la demanda ya habían transcurrido los términos de caducidad de dos años consagrado en el artículo 136 del C.C.A. y de prescripción de veinte años contemplado en el artículo 1o. de la Ley 50 de 1936. Además recalca que la Autopista a El Dorado es una vía más de la Urbanización, que le permitió la valorización del sector y, de otra parte, coadyuva el concepto de la Fiscalía Quinta del Tribunal para que este se abstuviera de fallar.

Con relación a la sentencia de primer grado afirma que es equivocada porque aceptó la prescripción y caducidad en forma parcial, desconociendo la prueba del proceso que acredita la operancia de estas figuras jurídicas para todas las pretensiones de la demanda. Complementa su argumentación con el artículo 263 de la Ley 167 de 1941, según el cual la demanda para el pago indemnizatorio cuando “a causa de un trabajo público, se ocupa o daña una

propiedad particular, se dirigirá al Tribunal competente, a más tardar dentro de los dos años de ocurrido el daño o verificada la ocupación”, de donde infiere que a la presentación de la demanda en este caso ya habían concluído los dos años a que se refiere la norma.

Sobre el dictamen pericial, básicamente repite lo expresado en su alegato ante el Tribunal, y sobre el cual ya en esta providencia se hizo alusión. Concluye su escrito con la petición de que la caducidad debe prosperar en su totalidad y que se deben negar las pretensiones de la demanda.

La parte actora, por conducto de su apoderada, en escrito de folios 286 a 297 consignó las motivos de desacuerdo con el fallo recurrido. Luego de un breve reparo de los antecedentes administrativos y procesales, sostiene la recurrente que el fallo adolece de un error de juicio que “se halla en la aplicación equivocada en el tiempo de las normas referentes a la PRESCRIPCIÓN y a la CADUCIDAD de la acción de indemnización por ocupación permanente por trabajos públicos de la administración”.

Anota que en virtud de la sentencia de la Corte fechada en junio 20 de 1955 la justicia ordinaria avocó el conocimiento de la acción de indemnización por ocupación permanente por trabajos públicos y se consideraba que el término para accionar era el ordinario de prescripción de veinte años establecido en la Ley 50 de 1936. A su vez el Decreto 01 de 1984 consagra la caducidad de dos años para ejercitar las acciones de reparación directa por ocupación permanente por trabajos públicos. La sentencia aplicó, dice la apelante, el régimen de caducidad de dos años, a hechos ocurridos en 1958, dándole una retroactividad de veintiseis años al Decreto 01 de 1984.

La recurrente distingue entre los conceptos de caducidad y prescripción, pues el objeto de ésta “es el poner fin a un derecho por no haberse ejercitado dentro de un lapso de tiempo” y el de aquella “el de preestablecer el lapso de tiempo en el que un derecho puede ser ejercitado judicialmente”. Resalta, con razón evidente, la confusión legal, jurisprudencial y doctrinaria que se ha creado en torno de estas figuras, las que tienen consecuencias distintas y no se pueden denominar ni aplicar indiferentemente.

Considera además que, la Nación hubiera podido proponer la excepción de prescripción en la contestación de la demanda (artículo 306 del C. de P. C.), pero como no lo hizo, conforme al artículo 2514 del Código Civil renunció tácitamente, y, de otra parte, no se puede declarar de oficio (art. 2513 C.C.). En tales condiciones, no podía declararla oficiosamente el Tribunal y “menos darle el ropaje de la CADUCIDAD que fué la excepción propuesta”.

Aduce la apelante que el Decreto 01 de 1984 no cambió un término de caducidad por otro, ni que se modificó un término de prescripción de veinte

años, por otro de prescripción de dos años. Por ello no se da el caso del artículo 41 de la Ley 153 de 1887, que permite la elección del régimen legal prescriptivo cuando se dan dos términos a voluntad del prescribiente. Se dió fué un cambio de régimen de prescripción de veinte años por uno de caducidad de dos años, sin que puedan confundirse ni las figuras, ni sus efectos.

Así las cosas, en el caso de la calzada Sur y terrenos centrales no hay lugar, dice la apelante, ni a la prescripción anterior al Código Contencioso Administrativo, ni a la caducidad consagrada en el mismo. En la calzada Norte la sentencia le dió el efecto de caducidad a la prescripción y aplicó retroactivamente el Decreto 01 de 1984 al reconocerle el carácter de prescripción que tenía, pero que no fué oportunamente alegado. Concluye su escrito, la señora apoderada de la demandante, solicitando la revocatoria del fallo recurrido en lo desfavorable a su patrocinada, y la condena, a cargo de la Nación, del pago total de los terrenos ocupados por la Autopista Eldorado.

7. Concepto Fiscal

La señora Fiscal Octava de la Corporación considera que la Nación no propuso la excepción de prescripción, sino la de caducidad, las cuales no pueden confundirse, pues la prescripción debe ser alegada y no es declarable de oficio por el juzgador, como sí lo puede hacer con la caducidad.

Hace referencia la señora Agente del Ministerio Público a la situación que se presenta entre la disposición del artículo 164 del Decreto 01 de 1984, en cuanto consagra la posibilidad de pronunciarse en la sentencia sobre las excepciones propuestas "y sobre cualesquiera otra que el fallador encuentre probada" y el precepto del artículo 2513 del Código Civil que dispone alegar la prescripción y que no puede declararse de oficio. Frente a este conflicto normativo, con apoyo en el profesor Hernando Morales M., considera la señora Fiscal que debe prevalecer la norma civil, dándole aplicación al artículo 45 de la Ley 57 de 1887 que da prevalencia a las disposiciones del ordenamiento civil. Además, agrega, con cita del ilustre tratadista, que "Podría pensarse además en la prevalencia del Art. 306 del C. de P. C. que ordena alegarlas, por ser de carácter especial, mientras el del C.C.A. que se comenta es general". Concluye la señora Fiscal que el Tribunal no acertó "el declarar probada la excepción de caducidad de la acción con relación a la ocupación permanente, a raíz de la construcción de la calzada Norte de la autopista Eldorado". Solicita que se revoquen los ordinales 1o. y 2o. de la sentencia apelada y en su lugar se acceda a las pretensiones de la demanda.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Se procede, en primer término, por la naturaleza del asunto, a estudiar el cuestionamiento que la parte demandada hace del libelo introductorio, porque no se especificó con la suficiente claridad el capítulo correspon-

diente a las "Pretensiones", dentro del cual se encuentra "es una narración de hechos pero de ninguna manera una descripción concreta de los objetivos perseguidos, o mejor de las pretensiones, o como lo dice el mismo Código Contencioso Administrativo lo que se demanda". (Fol. 164).

Al respecto considera la Sala que si bien las pretensiones ciertamente no fueron precisa y concretamente ordenadas en acápite especial de la demanda, ello en ningún momento significó que no se hubiesen expresado dentro del libelo inicial. Precisamente, porque allí se encontraban consignadas, pudo el *a-quo* establecerlas y concretarlas, como puede verse a folios 251 a 259 del expediente principal.

La interpretación y concreción del *petitum* que se hizo en la sentencia recurrida obedeció a la facultad y, desde luego, al deber que tiene el juzgador para interpretar la demanda con miras a no entorpecer el accionar del reclamante, con mayor razón cuando el contexto mismo de dicho libelo resulta clara la vía procesal a seguir y la orientación que lleva a las distintas peticiones relacionadas, así lo hayan sido en forma desordenada e informal. Cabe recordar que corresponde al fallador, por mandato legal contenido en el artículo 4o. del C. de P. C., tener en cuenta "que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la Ley sustancial...". Con acierto sostuvo la Corte que "una demanda debe interpretarse siempre en conjunto, porque la intención del actor está muchas veces contenida no sólo en la parte petitoria sino también en los fundamentos de hecho y de derecho". (XLIV. Pág. 627). No se puede entonces desestimar la demanda, más hoy, cuando el artículo 228 de la Carta prescribe que en las actuaciones judiciales "prevalecerá el derecho sustancial".

2. Un segundo aspecto que estudiará la Sala corresponde a lo relacionado con las figuras de la prescripción y caducidad, cuya trascendencia en el caso examinado ha resultado incuestionable. Dadas las distintas interpretaciones y adecuación que de aquellas han realizado el juzgador de primer grado, el Ministerio Público en ambas instancias y las partes intervinientes, se estima conveniente hacer algunas precisiones sobre estos conceptos, para lo cual viene a propósito la siguiente puntualización jurisprudencial de la Sala, contenida en reciente decisión, con ponencia del Consejero Daniel Suárez Hernández, dentro del proceso de Sociedad Colombiana de Construcciones "SOCOCO S. A."; radicado bajo el número 6103, donde, con fecha 25 de octubre de 1991 se expuso:

"a. Desde la célebre sentencia de 1 de octubre de 1946, proferida por la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, con ponencia del doctor Ramón Miranda (Gaceta Judicial, Tomo LXI, pág. 583 a 608). la jurisprudencia nacional viene haciendo claridad entre los fenómenos de la prescripción extintiva o liberatoria y de la caducidad. En efecto, desde entonces quedó claro que la primera de las instituciones mencionadas tiene naturaleza sustancial o material, en tanto que la

segunda es de tinte procesal adjetivo o meramente instrumental. La prescripción, como forma de perder los derechos y extinguir obligaciones, actúa en los procesos judiciales con miras a enervar o dar al traste con la pretensión que es el fiel reflejo del derecho sustantivo alegado por el demandante. A su vez, la caducidad, por ser de raigambre estrictamente procesal, está concebida para impedir el ejercicio de la acción, o, en veces, para vedar la utilización de un trámite judicial breve o sumario y obligar al accionante a emprender otra vía de suyo mayúscula y engorrosa.

“b) A riesgo de resultar reiterativa, la Sala quiere resaltar las diferencias más sobresalientes, que históricamente se han deducido entre la prescripción extintiva y liberatoria y la caducidad de las acciones judiciales, a saber:

“1) La prescripción debe ser propuesta o alegada por la parte que desea liberarse de la prestación que se le enrostra; ésto es, que no puede ser declarada de oficio por el juez (art. 2535 del C.C. y 306 del C. de P.C.).

“2) La caducidad debe ser declarada de oficio por el juez, bien rechazando desde el comienzo de la actuación procesal la demanda, o, al menos, al momento de pergeñar la sentencia, es decir, se trata de un asunto que opera por mandato de la Ley y que no requiere alegación de parte (arts. 85 y 304 del C. de P. C.).

“3) La prescripción puede renunciarse por el interesado, de manera tácita o expresa, claro está, una vez se hubiere consolidado o tipificado, por ser institución de derecho privado y de interés particular. (Arts. 15, 16, 2514 y 2515 del C.C.).

“4) La caducidad está regida por normas de derecho imperativo, forma parte del derecho público de la nación por estar de por medio del orden público y, por ello, no admite ningún tipo de disponibilidad, lo que la hace irrenunciable.

“5) La prescripción admite suspensión y puede ser interrumpida natural o civilmente; la caducidad no permite estas modalidades, ni hace posible la ampliación de los plazos señalados imperativamente por la ley para el ejercicio de las acciones. De allí que los procesalistas digan que los términos precisados para el ejercicio de las acciones son FATALES.

“6) La prescripción se va gestando desde el día en que se hizo exigible la prestación debida y al cabo del último día del plazo señalado en la Ley se consolida o estructura; la caducidad se presenta cuando llegado el extremo máximo del plazo legal para el ejercicio de la acción, ésta no se ha llevado a cabo por su titular, es decir, no se va estructurando,

día a día, sino que se encuentra por la omisión en el ejercicio de la acción.

“7) La caducidad opera contra todas las personas, por consagración objetiva para realizar el derecho subjetivo de acción, sin miramiento alguno sobre la calidad de los sujetos titulares de la misma, la prescripción, en algunas circunstancias, no corre con respecto a ciertas personas, habida consideración de su calidad o de su incapacidad.

“La Sala advierte sin embargo, que en el proceso contencioso administrativo, con el advenimiento del Decreto 01 de 1984, en tratándose de la regulación de Excepciones de Fondo, el art. 164 prescribe: *‘Excepciones de fondo*. En todos los procesos podrán proponerse las excepciones de fondo en la contestación de la demanda, cuando sea procedente, o dentro del término de fijación en lista, en los demás casos.

““En la sentencia definitiva se decidirá sobre las excepciones propuestas y sobre cualesquiera otra que el fallador encuentre probada.

““Son excepciones de fondo las que se oponen a la prosperidad de la pretensión.

““El silencio del inferior no impedirá que el superior estudie y decida todas las excepciones de fondo, propuestas o no, sin perjuicio de la *reformatio in pejus*”, lo que permite concluir, en este campo, que fenómenos exceptivos de mérito como la prescripción y la compensación bien puedan declararse de oficio por el juez administrativo si de la actuación resultan probados””.

En las condiciones relacionadas se tornan inaplicables al caso bajo estudio cualquiera de las figuras estudiadas, por que ni la prescripción, ni la caducidad pueden regular la situación derivada de la ocupación para la construcción de la autopista que conduce al aeropuerto Eldorado de esta ciudad. Lo anterior, desde luego, no obedece a una imposibilidad legal para declarar probado alguno de tales medios exceptivos, porque, como se anotó en la sentencia transcrita, conforme al artículo 164 del C.C.A., en la sentencia definitiva se decide, sobre las excepciones de mérito propuestas y *sobre cualquiera otra que el fallador encuentre probada*, así procesalmente no se hubieran propuesto.

En el caso bajo estudio, estima la Sala que no hay lugar a declarar la caducidad de la acción consagrada en el artículo 136 del C.C.A., porque la misma es posterior a la ocupación oficial del inmueble de la firma demandante, y por lo mismo, resulta inaplicable en forma retroactiva a una situación de hecho que cuando se consolidó no se regulaba por ningún régimen de caducidad, e impedía, por tal razón, controvertir la existencia o inexistencia

tencia de dicho fenómeno en ocupaciones permanentes por trabajos públicos.

En cuanto a la prescripción extintiva de las obligaciones que por razón de la ocupación estatal del inmueble de propiedad de la sociedad accionante, surgen a cargo de la Nación y en favor de la firma urbanizadora, estima la Sala, contra lo decidido por el Tribunal, que en el caso *subjudice* no procede declarar tal ocurrencia prescriptiva, porque no se dan las condiciones legales necesarias para hacerlo. Efectivamente, si es de la esencia de la prescripción que ella se configure a partir del momento en que el derecho se puede exigir, se hace indispensable entonces establecer con precisión ese momento, para luego sí calcular y determinar la configuración o nó del correspondiente plazo prescriptivo.

En el caso que se estudia la construcción de la autopista a Eldorado se efectuó en varias etapas cronológicamente separadas, pero todas ellas integradas hacia un mismo objetivo o finalidad, como era la construcción de UNA vía de comunicación y acceso entre la ciudad capital y el aeropuerto Eldorado. No se trataba entonces, y el momento actual así lo demuestra, de ejecutar y abrir unos simples carriles independientes, a manera de obras sin conexión finalística, sino que se buscaba organizar, integrar y ordenar el tráfico automotor de la época, proyectado previsoramente hacia un futuro con mayores necesidades de espacio vial para la ciudad de Bogotá.

Enfocada así la construcción de la mencionada autopista, esta se debe apreciar y entender como una sola obra, y en ningún momento puede tomarse como si cada una de las calzadas que la integran fuese independiente y ajena a esa autopista única, la de Eldorado que ellas conforman y que sólo cobra existencia real a su culminación.

Siembargo, ni las partes, ni el fallador de primera instancia admitieron el criterio expresado para analizar en el tiempo, el fenómeno prescriptivo extemporáneamente asomado por la parte demandada. En el proceso se tuvo en mente la fecha de iniciación y culminación de cada una de las calzadas, sin entender que la ocupación y los trabajos públicos se dirigían en forma integral y continuada, hacia un solo objetivo, una sola finalidad: la autopista o avenida Eldorado.

De lo expuesto resulta claro que el término de prescripción en favor de la Nación solo podía empezar a correr a la terminación TOTAL de la OBRA y no al finalizar cada etapa o calzada de la misma. Por consiguiente, si la demanda se presentó el 16 de noviembre de 1984 y todavía en 1982 se contraía la terminación de la misma, resulta claro que es a todas luces inaplicable el término prescriptivo de veinte años al caso que se examina. Lo anterior cobra mayor respaldo si se toma en consideración la conducta asumida por la

SECCION TERCERA

administración, a través del tiempo, frente a la sociedad demandante, con quien permanentemente mantuvo contactos y conversaciones encaminadas a negociar el terreno ocupado para la construcción de la autopista referida, sin que, en últimas, decidiera positivamente las negociaciones y sí, trasladara inexplicablemente la decisión dilatada del negocio, a un proceso judicial, conforme se desprende de los oficios 2691 de 25 de julio de 1983 y 3293 de 24 de agosto del mismo año suscritos por la Subdirectora Legal del Instituto de Desarrollo Urbano y los números 08324 del 29 de septiembre y MJ-43832 del 12 de diciembre de 1983 suscritos por el Ministro de Obras Públicas, los cuales obran en el proceso.

Las apreciaciones que se acaban de formular, necesariamente conducen a la revocatoria de la sentencia de primera instancia en cuanto declaró "probada la EXCEPCION DE CADUCIDAD DE LA ACCION, con relación a los daños ocasionados por OCUPACION PERMANENTE a raíz de la construcción de la CALZADA NORTE DE LA AUTOPISTA ELDORADO", con la natural consecuencia que conlleva el reconocimiento de la indemnización por los daños derivados de la ocupación de la calzada en mención.

3. Determinado lo anterior, corresponde establecer el monto indemnizatorio a que tiene derecho la firma Urbanización Normandía Ltda. Para tal efecto, la Sala tomará en cuenta el dictamen pericial de folios 112 a 117, con su aclaración vista a los folios 137 a 139 del expediente principal, previo estudio de la objeción que por error grave formuló la parte actora, cuya inconformidad radica, a criterio del objetante, que "en vez de deducirse del monto base de \$316.413.000.00, deben tales gastos (los descontados del precio total) constituirse en factor de adición al mismo y nunca de deducción".

Para la Sala resulta acertado el entendimiento y decisión que asumió el Tribunal con respecto a la objeción formulada por la sociedad demandante al determinar que aquella no podía prosperar en razón a que los expertos se pronunciaron sobre "PUNTO QUE NO FUE OBJETO DE DICTAMEN", según se desprende del cuestionario sometido a consideración de los mismos, contenido en la demanda, al punto 2.4 e) (Fols. 26 y 27).

Aparte de las consideraciones del *a-quo* para negar la prosperidad de la objeción, también debe tomarse en cuenta que los factores y porcentajes de deducción sobre los cuales los peritos calcularon los precios de las zonas afectadas, no tienen incidencia real y efectiva en este caso porque carecen de respaldo probatorio y son relacionadas muy genéricamente, en forma tal que llevan a considerar esas cifras como resultado de cálculos mentales extremadamente subjetivos, en una materia que por su misma naturaleza requiere información numérica más concreta.

Lo anterior lo advierte la Sala, sin perjuicio del contexto general de la experticia, la cual es resultado de un análisis serio y coordinado entre los dos

ingenieros civiles que la elaboración, luego de conocer la documentación correspondiente, revisar escrituras, comparar planos de la urbanización, levantamiento topográfico, conocimiento directo de la zona afectada, investigación de avalúos etc., factores y circunstancias que ofrecen garantías suficientes para procesalmente adoptar sus conclusiones en torno de la superficie afectada y del valor de la misma, desde luego, con la salvedad que frente a las deducciones se hizo anteriormente.

De lo hasta aquí expuesto, aparece manifiesta la ocupación por parte de la Nación de una zona de terreno cuya propiedad corresponde a la sociedad "Urbanización Normandía". Tal ocupación afectó económicamente los intereses de la aludida empresa y, por consiguiente, en su favor resulta la obligación estatal de indemnizarle los perjuicios que aquella le generó, cuyo monto se deducirá del dictamen pericial. Tal compromiso indemnizatorio le corresponde a la Nación, en virtud de ser la propietaria de las vías públicas carretables y urbanas, con mayor razón cuando la construcción de las mismas se contrató directamente o en su nombre, como sucedió en el caso que se estudia. Al respecto cabe recordar lo expresado en sentencia de 31 de Agosto de 1983, expediente No. 10.763; Actor: Manuela Perdomo vda. de Fonseca, con ponencia del señor Consejero Carlos Betancur Jaramillo.

“Las vías públicas no pertenecen al patrimonio municipal ni el servicio que en torno a ellas se presta es municipal; los municipios, forzando un poco las ideas, las administran por delegación del ente nacional. Así la jurisprudencia ha sostenido, aún frente a las calles comprendidas en las áreas urbanas de los municipios, “que son bienes nacionales cuyo uso pertenece a todos los habitantes del territorio; pero la ley ha conferido a las autoridades municipales la facultad de disponer lo conveniente sobre trazado, apertura, ensanche y arreglo de ellas””.

En las condiciones antes relacionadas resulta clara la responsabilidad atribuible a la Nación a través del Ministerio de Obras Públicas y Transporte por razón de la afectación que para la construcción de la mencionada avenida hizo sobre predios de la sociedad actora.

Procede entonces efectuar la liquidación de los perjuicios materiales, en la modalidad de daño emergente, causados a la firma demandante, por el aludido Ministerio. Como ya se anotó, la Sala seguirá de cerca la información de áreas y precio global proporcionada por los peritos. Por consiguiente, se tomará la superficie total afectada, o sea, 35.157 metros cuadrados, para de ellos deducir lo correspondiente al área ocupada por la construcción de la Avenida Boyacá, que equivale a 4.585 M², de donde resultan 30.572 metros cuadrados, sobre los cuales se calculará el valor de la indemnización.

El precio asignado por los peritos al metro cuadrado de terreno en la Zona afectada fué de \$9.000 (Fl. 115). Del mismo se descuenta, como lo hi-

SECCION TERCERA

zo el Tribunal, el monto de la valorización, estimado pericialmente en \$451.50, de donde resulta liquidado el metro cuadrado a \$8.548.50. Este valor multiplicado por el área total ocupada susceptible de indemnización (30.572 m2) dá la cantidad neta de \$261.344.742, suma ésta que será actualizada para su pago de acuerdo con los índices de precios al consumidor que certifique el Departamento Nacional de Estadística DANE para la fecha del dictamen (19 de diciembre de 1986) y a la ejecutoria de esta providencia, con aplicación de la fórmula $V_p = V_h \frac{\text{Ind. Final}}{\text{Ind. Inicial}}$

donde: V_p : es el valor presente; V_h : el valor histórico (\$261.344.742); Índice Inicial: 19 de diciembre de 1986; Índice Final: ejecutoria de este fallo.

Con relación al lucro cesante, reclamado en la demanda, estima la Sala que para pagarlo, la suma de \$261.344.742 devengará intereses técnicos desde el 19 de diciembre de 1986 hasta la fecha de ejecutoria de esta providencia, a la tasa del 6% anual, sin que haya lugar al pago de intereses, ni corrección monetaria sobre los mismos.

Teniendo en cuenta que sólo queda por desarrollar la fórmula de actualización anotada con los índices de precios al consumidor, que certifique el Departamento Administrativo Nacional de Estadística - DANE -, la condena se entiende que se hace en concreto.

Respecto de los perjuicios morales considera la Sala acertada la decisión del Tribunal al negar su reconocimiento, por cuanto los mismos los hace surgir la actora de actividades administrativas ajenas a este proceso y "porque los ACTOS y HECHOS ADMINISTRATIVOS de los cuales se hacen derivar, son extraños al PETITUM DE LA DEMANDA".

En mérito de lo expuesto, parcialmente de acuerdo con la Fiscal Octava, 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 del 22 de febrero de 1990 dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera.

SEGUNDO: Declárase administrativamente responsable a la Nación-Ministerio de Obras Públicas y Transporte por ocupación permanente a consecuencia de la obra pública realizada para la construcción de la Autopista Eldorado, en terrenos de propiedad de la sociedad "Urbanización Normandía Ltda.". - En liquidación -.

TERCERO: Como consecuencia de la anterior declaración se condena a la Nación — Ministerio de Obras Públicas y Transporte a pagar a la sociedad “Urbanización Normandía Ltda.” — en liquidación — por concepto de daño emergente, la suma de Doscientos sesenta y un millones trescientos cuarenta y cuatro mil setecientos sesenta y dos pesos (\$261.344.762.00) moneda corriente, por concepto de perjuicios materiales. El valor anterior ganará intereses técnicos del 6% anual conforme se expuso en la motivación de esta providencia, desde el 19 de diciembre de 1986 y hasta la ejecutoria de este fallo.

El valor histórico referido se actualizará conforme se estableció en la parte motiva y la interesada allégará los índices de precios al consumidor que certifique el Departamento Administrativo Nacional DANE, para el mes de diciembre de 1986 y el vigente a la fecha de ejecutoria de esta providencia.

CUARTO: La presente sentencia, una vez ejecutoriada, protocolizada y registrada obrará como título traslativo de dominio a nombre de la Nación. (Art. 219, C.C.A.).

QUINTO: Dése aplicación a los artículos 176 y 177 del C.C.A.

SEXTO: No prospera la objeción por error grave.

SEPTIMO: Niéganse las demás súplicas de la demanda.

COPIESE, CUMPLASE Y DEVUELVA.

Esta providencia fué estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha, veintiuno (21) de noviembre de mil novecientos noventa y uno (1991).

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

ACCION DE REPARACION DIRECTA/PRESCRIPCION (Salvamento de Voto)

No parece acordarse con la lógica de lo razonable que se prolongue, en el tiempo físico, el término de prescripción adquisitiva del dominio, acudiendo al expediente de empatar el inicio y culminación de la etapa de una obra, con otra de ampliación de la misma. Transitando por este sendero, la administración no podría adquirir nunca por prescripción.

Salvamento de Voto.— Doctor Julio César Uribe Acosta.— Santafé de Bogotá, D. C., noviembre veintisiete (27) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Referencia Expediente No. 6223. Actor: Sociedad Comercial Urbanización Normandía Ltda.

Con toda consideración me separo de la decisión mayoritaria de la Sala, pues no hago mía la perspectiva jurídica que ésta manejó, y que le permitió llegar a la conclusión de que "... la construcción de la autopista a El Dorado se efectuó en varias etapas cronológicamente separadas, pero todas ellas integradas hacia un mismo objetivo o finalidad, como era la construcción de UNA vía de comunicación y acceso entre la ciudad capital y el aeropuerto El Dorado ...". Sólo razonando dentro de ese universo le fué posible definir que: "... el término de prescripción en favor de la Nación ... podía empezar a correr a la terminación TOTAL de la OBRA y no al finalizar cada etapa o calzada de la misma".

Para quien suscribe, en cambio, la reclamación por el área de 5.320 metros, que ocupó la calzada sobre el costado norte, que se inició en 1956

y 1957, habiéndose terminado en 1958, se hizo vencido el término de prescripción, y, por lo mismo, no se ha debido condenar a pagar suma alguna por tal concepto.

No parece acordarse con la lógica de lo razonable que se prolongue, en el tiempo físico, el término de prescripción adquisitiva del dominio, acudiendo al expediente de empatar el inicio y culminación de la etapa de una obra, con otra de ampliación de la misma. Transitando por este sendero, la administración no podría adquirir nunca por prescripción.

Atentamente,

Julio César Uribe Acosta.

RESPONSABILIDAD OBJETIVA/DAÑO ANTIJURIDICO/LESION RESARCIBLE/PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD

No hay duda que a partir del artículo 90 de la nueva Constitución, la responsabilidad se ha tornado en grado sumo objetiva, puesto que la culpa ha dejado de ser el fundamento único del sistema indemnizatorio, convirtiéndose simplemente en uno de los criterios jurídicos de imputación de daños a la administración. Por ello es posible, en muchos casos, que se tenga derecho a la indemnización de los daños patrimoniales ocasionados con una actuación administrativa lícita. La filosofía que informa todo este universo jurídico se apoya en el principio de solidaridad, que se recoge también en el artículo primero *ibídem*, cuando afirma que Colombia es un Estado social de derecho, fundado en el respeto de la dignidad de la persona humana y en la solidaridad de las personas que la integran.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Santafé de Bogotá, D. C., noviembre veintidós (22) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Doctor Julio César Uribe Acosta.*

Referencia: Expediente No. 6784. Actor: Emilia Guido de Mazenett. Demandado: La Nación — Ministerio de Obras Públicas y Transporte.

— 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 calenda-

da el 14 de mayo de 1991, proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico, que en su parte resolutive dispuso:

“1o.— No prosperan las excepciones propuestas por la Nación — Ministerio de Obras Públicas y Transporte.

“2o.— Declarar a la Nación — Ministerio de Obras Públicas y Transporte administrativamente responsable de los perjuicios materiales sufridos por la señora EMILIA GUIDO DE MAZENETT, en el predio de su propiedad, denominado “JUAN PABLO VIEJO, situado en jurisdicción del Municipio de Candelaria, Departamento del Atlántico, como consecuencia de las fallas en el servicio de conservación y mantenimiento del talud que soporta la carretera que de San Pedrito conduce a Villa Rosa y que a la vez sirve de muro de contención a las aguas del Canal del Dique y por la no oportuna operación del cierre del boquete o brecha acaecida en el mencionado talud, lo cual ocasionó la inundación de las aguas del Canal del Dique en el Sur del Departamento del Atlántico en el mes de diciembre de 1984.

“3o.— Como resultado de la declaración anterior y a manera de reparación del daño se condena en concreto a la Nación Ministerio de Obras Públicas y Transporte a pagar a la señora Emilia Guido de Mazenett por concepto de perjuicios materiales: a) Como daño emergente la suma de \$2.968.400.00 M.L. debidamente actualizada teniendo en cuenta la variación del índice de precios al por mayor certificado por el Banco de la República, desde el mes de enero de 1985 hasta la fecha de ejecutoria de esta sentencia: y b) Como lucro cesante, interés a la tasa del 6% anual sobre la suma de \$2.968.400.00, M.L. debidamente actualizada teniendo en cuenta la variación del índice de precios al por mayor, certificado por el Banco de la República desde el mes de enero de 1985 hasta la fecha de la ejecutoria de esta sentencia.

“4o.— Las cantidades líquidas reconocidas en el punto 3o. de esa sentencia devengarán intereses comerciales durante 6 meses siguientes a la ejecutoria de esta sentencia y moratorios después de este término.

“5o.— Esta sentencia deberá ejecutarse dentro de los términos señalados en los artículos 176 y 177 del C.C.A.”.

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 dentro del siguiente universo:

“Emilia Guido de Mazenett, obrando en su propio nombre, — mediante apoderado, ha instaurado ante este Tribunal la acción de Reparación Directa contra la Nación — Ministerio de Obras Públicas y Transporte, tendiente a que se hagan las siguientes declaraciones.

“I.— PETITUM

“... Piso a los Honorables Magistrados del Tribunal Administrativo del Atlántico condenar solidariamente al Ministerio de Obras Públicas y a la Nación, al pago de daños y perjuicios ocasionados a mi poderdante por la inundación provocada por el desbordamiento de las aguas represadas del Canal del Dique, en el predio rural denominado “Juana Pabla Viejo” por imprevisión y fallas en el servicio en la suma de \$11.455.200 M/L más los intereses legales de esa suma, o la que se llegue a probar dentro del proceso”.

“II.— CAUSA PETENDI

“II.1.— HECHOS

“El actor fundamenta su demanda en los siguientes:

“1o.— El pasado mes de diciembre de 1984, se desbordaron las aguas del Canal del Dique, lo que provocó una inundación general en toda la parte sur del Departamento del Atlántico. Como consecuencia de la inundación, hundió el predio rural de propiedad de mi poderdante, llamado “JUAN PABLA VIEJO”, predio ubicado en el Municipio de Candelaria, Departamento del Atlántico, el cual tiene una cabida aproximada de 12 hectáreas o cabuyas como se llama comúnmente esta medida en la región, alínderado así: NORTE: Callejón en medio con predio antes de Manuel Rojano, hoy de José Francisco Jiménez. SUR: Con predio antes de Pedro Rodríguez, hoy de Eliécer Yance. ESTE: Callejón en medio, linda con predio antes de Pedro Guido, y Pedro Antonio Rodríguez, hoy de Eliécer Yance y Carlos Guido, Inmaculada Guido, hoy de Emilia Guido de Mazenett, y por el OESTE: Con predio de Eliécer Yance. Matrícula Inmobiliaria No. 045-0001141, registrado en la oficina de Registro de Instrumentos Seccional Sabanalarga, Departamento del Atlántico.

“2o.— El Ministerio de Obras Públicas, reforzó la rivera del Canal del Dique del lado del Departamento de Bolívar, sin hacer los trabajos correspondientes al lado de la rivera perteneciente al Departamento del Atlántico, lo cual debilitó la parte del Atlántico, lo que trajo como consecuencia que el peso de las aguas represadas la rivera del Canal e inundará toda la parte sur del Departamento del Atlántico, inundación que arrasó con cosechas, animales, viviendas, etc., como es de conocimiento público.

“3o.— Como consecuencia del desbordamiento de las aguas represadas del Canal del Dique, el predio rural denominado, “JUANA PABLA VIEJO”, descrito en el hecho primero de esta demanda, fué hundido

entidad es el de Ministerio de Obras Públicas y Transporte, alegando también que el actor dirige su pretensión contra el Ministerio de Obras Públicas representado por el señor Ministro de Obras Públicas, siendo que tal Ministerio no existe como persona jurídica autónoma e independiente de la Nación, careciendo por lo tanto de la capacidad jurídica propia que le permita comparecer en juicio como demandante o como demandado.

“Considera la Sala que la equivocación del apoderado del demandante en la denominación completa del Ministerio señalado como demandado, a la par con la Nación, no conduce a probar inexistencia del mismo, puesto que la única entidad con la denominación señalada en la demanda lo es el Ministerio de Obras Públicas y Transporte, por lo tanto es inocua la excepción propuesta en tal sentido. Estima además el Tribunal que si bien es cierto, que le asiste razón en su apreciación al excepcionante al considerar que el Ministerio de Obras Públicas y Transporte es una entidad de la rama ejecutiva del poder público, perteneciente al sector central de la administración pública nacional como lo establece el artículo 1o. del Decreto ley 1050 de 1968 y por lo tanto carece de personería jurídica, ya que ésta radica en la Nación, igualmente lo es que el demandante en su libelo dirige sus pretensiones también en contra de la Nación, entidad ésta que como persona jurídica pública posee todos los atributos propios de tal ficción. Son inocuas por lo tanto para los fines procesales las impugnaciones que hace el excepcionante y por lo tanto no prospera la excepción propuesta por las razones anotadas anteriormente.

“El Tribunal considera, por último, que la representación de la Nación corresponde en este caso al Ministerio de Obras Públicas y Transporte, por mandato del artículo 149 del C.C.A..

“En lo que respecta a la excepción de INEXISTENCIA DE LA POSIBLE OBLIGACION a cargo de la demandada, el Tribunal anota que el apoderado de la entidad pública demandada no expresó ninguna razón ni adujo ninguna prueba para respaldar su negativa al cumplimiento de la obligación que se pretende. Por lo tanto no prospera tampoco, la excepción planteada de inexistencia de la obligación a cargo de la demandada.

“IV. 2.— LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA

“Para el pronunciamiento de fondo que debe hacerse en relación con el petitum de la demanda es imprescindible que se haga un análisis de las piezas que conforman el proceso con el fin de establecer si se dan los presupuestos que la doctrina y la jurisprudencia han reseñado como necesarios para que prospere o no la acción intentada.

“El Estado ha sido creado para cumplir unos fines determinados que pueden resumirse con el aforismo según el cual, “el Estado existe para el hombre y para la sociedad”.

“El logro de estos fines constituye la principal obligación estatal. Para ello, dispone el Estado de una serie de poderes e instrumentos que deben orientarse y ser utilizado para cumplir con los objetivos de servicio al hombre y a la sociedad.

“La responsabilidad del Estado es la obligación que nace para él de reparar o indemnizar los perjuicios causados a los ciudadanos o a la sociedad cuando quiera que incumpla total o parcialmente o cumple defectuosamente con los deberes fundamentales que han sido consagrados en la Constitución y las Leyes, especialmente en el art. 16 de la Constitución Nacional que reza:

“Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en sus vidas honra y bienes para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y los particulares”.

“Estas obligaciones constituyen la razón de ser o fundamento del Estado. Es el primer deber del Estado la realización del bien común; para alcanzar estos objetivos dispone y organiza los servicios públicos. Ahora bien: si como consecuencia, de un mal funcionamiento del servicio o de su no funcionamiento, o del tardío funcionamiento del mismo se causa lesión o daño, el Estado es responsable y por consiguiente está en la obligación de indemnizar los perjuicios ocasionados.

“La administración debe entonces, responder cuando el daño se ha causado como consecuencia de una falla en el servicio que estaba obligado a prestar, por cuanto esa responsabilidad se origina en el deber que tiene el Estado en suministrar a los asociados los medios conducentes para la efectividad de sus derechos.

“En varias ocasiones ha dicho el Consejo de Estado que las obligaciones Estatales consagradas entre otras en los artículos 16, 17, 18, 19, 23, 25, 26, 28, 29, 30, 31, 32, 34, 35, 38, 41, 42, 45, 46 y 53 de la Constitución Nacional se cumple a través de la creación y organización de medios de prevención, protección y defensa y de organismos encargados de prestar y regular los servicios públicos encaminados a satisfacer las necesidades de los asociados.

“Cuando el incumplimiento de los deberes del Estado obedece a fallas de la administración, actuaciones, omisiones y extralimitación en el ejercicio de las funciones asignadas etc. podrá deducirse entonces responsabilidad estatal.

“El Honorable Consejo de Estado ha estudiado los límites de la responsabilidad, en variadas sentencias entre las cuales están los fallos del 17 de Noviembre de 1967 que aparece publicado en las páginas 257 a 283, Tomo LXXIII de los Anales del Consejo de Estado y el Fallo de 4 de noviembre de 1975.

“En aquella sentencia el Consejo de Estado expresó:

“... La responsabilidad estatal bien puede y pudo fundarse en el artículo 16 de la Constitución. Los objetos específicos del Estado define de por sí, tanto los privilegios como las cargas de éste, entre las cuales puede contarse la responsabilidad, así no hubiere un texto expreso en que se dijera para qué están instituídas las autoridades de la República. Sin embargo, en nuestro ordenamiento positivo existe un artículo constitucional — bello artículo, lo llama el señor Samper —, en que expresamente se declaran los altos fines de sus autoridades. Intrascendentes parece este precepto; pero no lo es si se tiene en cuenta, según la historia política de varios pueblos, que en el poder público ha sido y puede ser convertido — en objeto patrimonial de familias, de grupos, de clases o partidos.

“Lo de responsabilidad estatal resulta de la carga especial que se le impone a una persona por desvío, abuso o inacción del Estado. La reparación es una cuestión de justicia distributiva, y ésta es un principio de derecho natural, de aquellos que han de servir para ilustrar la Constitución, según las previsiones del artículo 4o. de la Ley 153 de 1887, formuladas, por cierto, con varios años de anterioridad a que el Consejo de Estado Francés se decidiera a tener en cuenta los principios generales del derecho como uno de los fundamentos de su jurisprudencia.

“No obstante, sería un absurdo que se pretendiera exigir del Estado la protección individual hasta el último riesgo y hasta la más imprevisible amenaza. Constituiría ésto una nueva versión del Estado Gendarme, tan peregrina como imposible; equivaldría a solicitar del Estado la aplicación de atributos mágicos de que indudablemente carece. Existen autoridades e instituciones para prevenir y castigar los delitos, y asegurar así el respeto de los derechos, conforme al discurrir ordinario de la vida social. Dentro de este orden de cosas que contempla las relaciones de particular a particular, sin saltar al campo de las cosas públicas, así cumple sus fines la administración.

“Por cuando sobrevienen circunstancias extraordinarias, se requiere entonces la presencia especial de la autoridad. Si ésta no acude, su omisión consentida se resuelve necesariamente en negligencia causante de perjuicios y originarias de responsabilidad. No se puede responsabilizar al Estado por la actividad furtiva y esporádica de los delincuentes.

Se le responsabiliza cuando el desorden causante del daño se hace empresa pública, y aquél no intenta siquiera contrarrestarlo. No puede quebrantarse sin consecuencias el artículo 16 de la Constitución.

“Aquella doble situación administrativa estaba contemplada muy bien en el primitivo artículo de la constitución, correspondiente al 16 de la Codificación actual, disposición en la que se decía que las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en sus vidas, honra y bienes, y para asegurar el respeto recíproco de los derechos, previniendo y castigando los delitos. Se perfilan allí la protección que se pudiera llamar transeunte por lo circunstancial ambas obligan a los poderes públicos; pero la última la que corresponde especialmente a la llamada administración activa”.

“Y en el fallo de 4 de noviembre de 1975 dijo:

“Toda la estructuración de la responsabilidad estatal permite aseverar que los entes públicos no se pueden exonerar de la imputabilidad de sus hechos en la misma forma como lo hacen los particulares, expresando que no incurrieron en culpa o que la víctima tenía muchos medios para defenderse.

“Cuando quiera que se vea que el ente estatal ha dejado de cumplir con la obligación de defender la vida, honra y bienes de las personas residentes en Colombia y, por ende, ha incumplido con los deberes sociales impuestos en la Constitución y las leyes (artículos 17, 18, 19, 22, 23, 26, 30, 32, 34, 35, 36, 38, 39, 41, 42, 44, 45 y 46 entre otros de la C. N.), debe declararse su responsabilidad y condenársele al pago de los perjuicios sufridos por la víctima.

“Si habiéndose solicitado amparo o encontrándose en la posibilidad de hacerlo y en este último evento aunque no se hubiera en forma expresa pedido la protección las autoridades estatales dejaran de actuar como es su deber y por ello no protegieren la vida de una persona residente en el país o permitiesen que otra destruya sus bienes o la despoje de los mismos, o en el caso de que sean ellas quienes se los destruyan o arrebaten, tiene que concluirse que con esa conducta violen el artículo 16 de la Constitución Nacional, imponiéndose por esa razón sin necesidad de entrar a averiguar la posibilidad de otros medios de defensa que pudiera tener el particular lesionado, la declaratoria de la responsabilidad pública.

“Claro está que esta responsabilidad consagrada en forma tan alta en la Constitución está atemperada primero por el mismo poder del Estado que limita los derechos del ciudadano, creando reglamentaciones en la medida que el pueda prestar los servicios. Entre otros pueden citarse

las relaciones con urbanizaciones, reuniones públicas, portes de armas, comercios etc. es decir permite el ejercicio de los derechos que está en capacidad de garantizar y proteger y prohíbe aquellos cuyo ejercicio no podrá garantizar, y en segundo lugar, la misma jurisprudencia ha limitado esta noción al expresar que el Estado no se le puede responsabilizar de hecho que materialmente no tuvo el poder de controlar como aquellos que se suceden dentro de un recinto privado completamente cerrado — en el hogar por ejemplo — o en sitios despoblados, en ausencia de las autoridades públicas, siempre y cuando éstas no estuvieren en la obligación de estar en tales lugares.

“Pero, se repite la responsabilidad estatal surgirá siempre que las autoridades pudiendo y debiendo hacerlo para el caso específico, dejen que se desconozcan los derechos a la vida, honra y bienes de las personas residentes en el país por parte de otras personas, o cuando el mismo Estado vulnere tales derechos”.

“De las sentencias anteriormente transcritas se deduce que para que pueda condenarse el Estado por responsabilidad extracontractual o directa es menester que aparezcan demostrados en el proceso los siguientes presupuestos:

“1) Existencia del hecho (falta o falla en el servicio).

“2) Un daño o perjuicio sufrido por el actor que implique la perturbación de un bien protegido por el derecho. Este daño debe ser cierto, determinado o determinable.

“3) Una relación de causalidad entre la falta o falla del servicio y el daño causado por esta.

“Procede entonces la Sala a estudiar por separado cada uno de ellos, haciendo el estudio y el análisis de los elementos probatorios que integran este proceso para posteriormente determinar el hecho constitutivo de la falta del servicio el daño infringido y la relación de causalidad entre la falla y el daño.

“1o.— FALTA O FALLA DEL SERVICIO DE LA ADMINISTRACION

“El servicio público es el conjunto de actividades hechos y operaciones que en ejercicio o no de la función pública realiza el Estado a través de sus órganos, agentes, funcionarios o entidades; de lo cual se colige que la falta o falla de ese servicio puede depender de cualquier acto o hecho que le resulte propio, ya sea por defecto de su prestación, desbordamiento en la prestación del servicio o por carencia del mismo. Si la ocurrencia de esa falla trae como consecuencia perjuicios de

carácter patrimonial, nace una obligación o responsabilidad resarcitoria, para establecer el equilibrio roto.

“En relación con este presupuesto, debemos establecer si entre las funciones del Ministerio de Obras Públicas y Transporte está la de la conservación, mantenimiento y construcción de las obras hidráulicas requeridas para la navegabilidad del Canal del Dique. Sea lo primero destacar que el Canal del Dique es una vía acuática que recibe sus aguas del Río Magdalena, de gran importancia nacional, ya que comunica el puerto marítimo y fluvial de Cartagena con el río Magdalena y por él se transporta un alto volúmen de productos varios y mercancías desde el interior del país a dicho puerto. Por lo tanto es prioritario su conservación y mantenimiento.

“El art. 1o. del Decreto 1173 de mayo 14 de 1980 por el cual se reorganiza el Ministerio de Obras Públicas y Transporte, señala los objetivos de la entidad y entre ellos se destaca: “definir, formular, orientar y ejecutar la política nacional relacionada con la construcción, conservación y mantenimiento de la infraestructura del transporte fluvial del país, así como el manejo y administración de este ...”.

“Para desarrollar estos objetivos el citado ministerio debe cumplir entre otras las siguientes funciones “Elaborar, ejecutar, controlar y evaluar los planes y programas de construcción, conservación y mejoramiento de las carreteras nacionales, vías de acceso, variantes, puentes y demás obras complementarias *así como los relativos al mejoramiento y conservación de las vías y puertos fluviales del país*” (las subrayas son nuestras), así lo dispone el art. 2o. del Decreto comentado. A su vez el art. 20 al establecer las funciones de la Dirección de Navegación y Puertos señala que esta oficina debe ejecutar la política del Ministerio sobre transporte fluvial a su cargo y para ello debe. “Dirigir y controlar los planes y programas sobre encauzamiento, dragado, construcción y conservación de las obras hidráulicas requeridas para el encausamiento de las vías fluviales navegables...”.

“Como si lo anterior no fuera suficiente en cuanto a la función pública que debe cumplir el Ministerio de Obras Públicas y Transporte en relación con las vías fluviales navegables del país, tenemos que el Decreto Reglamentario 1322 de 5 de mayo de 1983 por el cual se determinan las funciones de las direcciones y secciones pertenecientes a cada una de las oficinas, direcciones y subdirecciones del Ministerio de Obras Públicas y Transporte señala en el Capítulo VII que se refiere a la Dirección de Navegación y Puertos, en el Art. 39, que la Dirección de Obras Hidráulicas tiene entre otras funciones” ... 39.2.— Elaborar y efectuar los programas de trabajo en materia de construcción de obras hidráulicas, conservación de vías fluviales navegables, así como las obras

de defensa de los puertos, *zonas ribereñas ...*" (las subrayas son nuestras).

"Lo anterior nos lleva a concluir forzosamente que el mantenimiento y conservación del Canal del Dique como vía fluvial navegable que es, así como de sus riveras y puertos, corresponde al Ministerio de Obras Públicas y Transporte a través de la Dirección de Navegación y Puertos, División de Obras Hidráulicas.

"También en relación con este presupuesto, el actor sostiene en el punto 60. de los hechos de la demanda que "mucho antes de presentarse la inundación, la prensa hablada y escrita, y los medios de comunicación en general, informaron al País y llamaron la atención del alto Gobierno, sobre los peligros que ocasionaría el desbordamiento del río Magdalena y el Canal del Dique, clamor que no fue oído oportunamente por las autoridades encargadas de velar por el mantenimiento de las riveras del Río Magdalena y del Canal del Dique, como lo son el Ministerio de Obras Públicas y la Nación. Cuando quisieron actuar, las aguas se habían desbordado totalmente, ocasionando una catástrofe de incalculables proporciones ...".

"Analicemos los testimonios de las diferentes personas que fueron llamados a rendirlos, con el fin de comprobar las anteriores afirmaciones: En la declaración del señor RAUL ENRIQUE PEREIRA ROJAS, de profesión ingeniero, quien fue funcionario del Ministerio de Obras Públicas y Transporte, y desempeñó el cargo de Jefe de la División de Obras hidráulicas, por un período de un año y seis meses, conocedor por lo tanto de la situación, en uno de los apartes de su declaración rendida en este Tribunal, el día 20 de octubre de 1986 (ver folio 88) manifiesta ante la pregunta: si el mantenimiento de las obras de contención del Canal del Dique corresponden al Ministerio de Obras Públicas y Transporte: "El Canal del Dique, la entidad encargada de velar por su mantenimiento lo es el Ministerio de Obras Públicas a través de su Dirección de Navegación y Puertos y la utilización de distritos de riego, embalses y otros, corren a cargo de entidades como el Himat, Incora e Inderena ...".

"El señor Gobernador de esa época, Sr. FUAD RICARDO CHAR ABDALA, al ser inquirido en el mismo sentido (ver folio 91 y 92) respondió: "Si normalmente la Administración departamental adelanta conjuntamente con el Distrito 20 de Carreteras, dependiente del Ministerio de Obras Públicas y el Himat, entidad dependiente del Ministerio de Agricultura, la revisión de los sitios críticos donde tradicionalmente el Río Magdalena y el Canal del Dique en razón de las crecientes pueda afectar, especialmente los Municipios o Corregimientos que están ubicados en la rivera del Río o del Dique ..." Y al pregun-

társele si se le hicieron trabajos de mantenimiento con anterioridad el rompimiento del Dique, dijo: “no se hicieron realmente ningunos trabajos de mantenimiento en esos meses anteriores al rompimiento del mismo Dique ...”.

“En el expediente aparecen declaraciones de los doctores: JOSE HUGO VILLEGAS GONZALEZ (folios 94 a 97) y URBANO RODRIGUEZ MUÑOZ (folios 98 a 100), los cuales enfatizan la responsabilidad por parte del Ministerio de Obras Públicas y Transporte, de los sucesos acaecidos para finales del año 1984 y principios de 1985, obedeciendo según ellos lo anterior a la imprevisión y negligencia por parte del organismo encargado del mantenimiento y conservación del Río Magdalena y los afluentes dependientes del mismo, entre ellos el Canal del Dique, ya que si hubiese actuado a tiempo la situación hubiera sido completamente diferente y sin consecuencias funestas, como efectivamente sucedió de ahí que se encuentre plenamente demostrado el hecho constitutivo de la falla en el servicio por parte del organismo demandado. Con todo, la Sala considera que el desbordamiento del Canal del Dique y la inundación de los municipios que conforman el Triángulo Sur del Departamento del Atlántico, entre ellos el de Candelaria, acaecida en el mes de Diciembre de 1984 por tratarse de “hechos notorios” de trascendencia regional y nacional, no requieren una demostración utilizando los medios de prueba consagrados en nuestra legislación.

“En efecto: el hecho notorio, aunque no lo acepten las partes de común acuerdo, e inclusive se discuta, no requiere prueba, basta tan solo que al juzgador le parezca clara la notoriedad aún cuando ésta haya sido transitoria.

“El profesor Devis Echandía en Tratado de Derecho Proceso Civil Tomo V Página 323-324 dice al respecto: “Existe notoriedad suficiente para eximir de prueba un hecho, sea permanente o transitorio, cuando en el medio serial donde existe o tuvo ocurrencia, y en el momento de su apreciación por el Juez, sea conocido generalmente por las personas de cultura media en la rama del saber humano a que corresponda, siempre que el juez pueda conocer esa general o especial divulgación de la certeza sobre el hecho, en forma que no le deje dudas sobre su existencia presente o pasada mediante sus propios conocimientos”.

“Los hechos notorios por consiguiente no requieren ser probados por tratarse de eventos singulares y concretos, de público conocimiento en el lugar donde la decisión se toma, que principal o accesoriamente integran el caudal de hechos de una determinada relación jurídica y respecto de los cuales las fuentes de las comprobaciones incontrovertibles de su existencia, están a la disposición de todos los ciudadanos del lugar en cualquier momento”, decía el profesor Luis Caro Escallón.

“En el caso de las inundaciones del Département del Atlántico en el mes de Diciembre de 1984 con ocasión del rompimiento del terraplén o talud del carreteable que de Santa Lucía conduce a Villa Rosa por la repercusión que estos tuvieron en la región y la Nación constituyen un ejemplo típico de hecho notorio. Ningún atlanticense adulto puede en sana lógica alegar ignorancia o desconocimiento de ello. Para emplear las mismas palabras de la definición arriba transcrita “Las fuentes de la comprobación incontrovertible de su existencia están a la disposición de todos los ciudadanos del lugar en cualquier momento”.

“El procurador de la parte demandada al contestar la demanda manifiesta que los hechos por los cuales se pretende hacer responsable a la entidad pública obedecen a FUERZA MAYOR, a una fuerza de la naturaleza, imposible de resistir.

“La FUERZA MAYOR es similar al CASO FORTUITO, y consiste en un suceso que simultáneamente, es imprevisible e irresistible, que por su naturaleza no exista fundamento racional o probabilidad para pensar o esperar que él acaezca, su ocurrencia rebasa los lindes de toda humana previsión.

“En este orden de ideas vemos que los elementos estructurales de la FUERZA MAYOR, son: a) La imprevisibilidad y b) La irresistibilidad del suceso; la concurrencia de estos factores dan como resultado la exoneración de responsabilidades (art. 1o. Ley 95 de 1890).

“La Imprevisibilidad Opera cuando no haya habido razón para pensar que el acontecimiento se produciría.

“En el caso que nos ocupa, las inundaciones por las avenidas del Río Magdalena y del Canal del Dique, son de ocurrencia anual, y por lo tanto recurrentes, es sabido que para los meses de Noviembre, Diciembre y Enero a consecuencia de las lluvias en las cabeceras del Río se aumenta el nivel de sus aguas y el de sus afluentes, especialmente en nuestro departamento, lo cual ha traído en repetidas ocasiones inundaciones y deterioro en las riveras y los muros de contención, habida cuenta de la presión ejercida por las aguas (ver folios 86 y 87).

“La previsibilidad de estos hechos por la frecuencia con que se sucedieron años atrás no podrían asimilarse a terremotos, naufragios, etc. No, las inundaciones del Río Magdalena y del Canal del Dique eran previsibles porque es un hecho recurrente en los inviernos de finales de año, por la naturaleza geológica del terreno, etc.

“El Ministerio de Obras Públicas y Transporte ha tomado en épocas anteriores las provisiones del caso y los daños han sido mínimos, cum-

pliendo de esta forma con las funciones a él encomendadas. No sucedió así para el año de 1984. Muy a pesar de que por parte de las autoridades, de la ciudadanía, y de los medios de comunicación se hicieron las prevenciones del caso en consideración al aumento progresivo del nivel de las aguas, el Gobierno por intermedio del Ministerio del ramo, no tomó las medidas del caso con el ánimo de preveer lo previsible. Existen en el expediente manifestaciones que así lo indican, como es el caso concreto de la declaración del señor Gobernador de esa época.

“La irresistibilidad.— Implica la imposibilidad de sobreponerse al hecho a fin de eludir sus efectos.

“Este elemento es consecuencia lógica del primero, ya que antes de las circunstancias dadas, es decir, de ocurrido el hecho que debía evitarse oportunamente, es imposible al instante superar sus consecuencias, siendo que la previsibilidad del caso los efectos se hubieran evitado o al menos hubieran sido menores.

“El análisis anterior nos indica que no estamos en presencia de la figura conocida como FUERZA MAYOR alegada por la parte demandada, la cual se descarta por el planteamiento arriba expuesto.

“2o.— UN DAÑO QUE IMPLICA LA PERTURBACION DE UN BIEN PROTEGIDO POR EL DERECHO — DAÑO QUE DEBE SER CIERTO, DETERMINADO O DETERMINABLE.

“Existe en el expediente la diligencia de Inspección Judicial (ver folio 84), llevada a cabo por este Tribunal el día 24 de octubre de 1986, con la intervención de dos (2) peritos agrónomos, los doctores: JORGE OSORIO RESTREPO y JAIME CUENTAS BERDUGO, y la asistencia de los señores apoderados de las partes al predio rural denominado “JUANA PABLO VIEJO”, de propiedad de la demandante calidad ésta que se encuentra demostrada con el certificado de tradición de 8 de Febrero de 1985 expedido por la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos del Círculo de Sabanalarga, en donde consta que la matrícula inmobiliaria del predio es la número 045-0001141 y además su cabida, ubicación y colindancias. Consta también que mediante registro efectuado el 13 de marzo de 1946 mediante la Escritura Pública No. 233 de 24 de agosto de 1945 otorgada en la Notaría Unica de Sabanalarga (Atlántico) se protocolizó el proceso de sucesión del señor Pedro Guido habiendo sido adjudicado el referido predio a la Señora Emilia Guido de Mazenett (ver folio 2 del expediente). En la mencionada diligencia se constató que, efectivamente se produjo el siniestro quedando vestigios del mismo dos años después de ocurrida la inundación, tales como humedad total del terreno, zonas encharcadas, cercas dañadas, árboles en pie secos y muertos, cultivos perdidos y marcas en los

árboles de la altura alcanzada por las aguas desbordadas del Canal del Dique.

“A folios 115 a 120 del expediente aparece el dictamen rendido por los señores Peritos, el cual fué aclarado a petición del apoderado de la entidad demandada (folios 160 a 162), en el cual se hace una descripción total del predio, se establece así mismo el daño ocurrido en los cultivos, maderas, cercas, pastos, etc., se determina la clase de suelos del predio, y se hace una cuantificación de los daños y del lucro cesante, dictamen éste que no fué objetado por las partes y por lo tanto está en firme.

“3o.— RELACION CAUSAL ENTRE LA FALTA O FALLA DE LA ADMINISTRACION Y EL DAÑO.

“La relación de causalidad o nexo causal, debe darse entre la falta o falla del servicio y el daño o perjuicio recibido, es decir, que los perjuicios o daños deben ser consecuencia de la falta o falla del servicio.

“En el caso subjudice sobrevino la inundación a consecuencia de las filtraciones ocurridas al talud o base del terrapién que presta el doble servicio de muro de contención de las aguas del Canal del Dique y de carretable entre las poblaciones de San Pedrito y Santa Lucía y las compuertas del Embalse de Guájaro, lo cual causó la ruptura del terraplén y la consecuente introducción de las aguas del Canal del Dique en el triángulo sur del Departamento del Atlántico (ver declaraciones de JOSE HUGO VILLEGAS folio 49), lo cual ocasionó perjuicios, al predio de la actora denominado, “JUANA PABLA VIEJO”, situado en jurisdicción del Municipio de Candelaria, ocasionando los daños de que da cuenta la inspección judicial y el de los peritos designados por esta Corporación.

“Por lo tanto emerge claramente que la omisión administrativa en que incurrió el Ministerio de Obras Públicas y Transporte fue la causa eficiente del daño causado y que anteriormente se analizó.

“Se dan de esta manera las leyes de CAUSALIDAD NECESARIA, que se exige como presupuesto para poder condenar al Estado, puesto que de no haber mediado la falla en el servicio, el daño en ningún momento se hubiera ocasionado.

“IV.— 3.— DETERMINACION DE LOS PERJUICIOS

“En lo tocante a la indemnización de los perjuicios materiales se practicó un peritazgo en el proceso por los doctores: JORGE OSORIO RESTREPO y JAIME CUENTAS BERDUGO (ver folios 115 a 120

del expediente) el 26 de noviembre de 1986, el cual fué posteriormente aclarado por solicitud del señor apoderado de la entidad demandada (ver folios 160 a 162 del expediente) el 24 de junio de 1987.

“Los señores peritos estimaron el valor de los daños causados por la inundación producida por el Canal del Dique en la suma de \$4.779.400.00 M.L.; suma que incluye el daño emergente o perjuicios materiales y el lucro cesante.

“En cuanto al dictamen pericial, el Tribunal considera que no fué acertada la operación realizada por los auxiliares de la justicia para la determinación del lucro cesante, porque éstos se limitaron a señalar como tal quantum obtenido como daño emergente, explicando simplemente que su determinación corresponde a las pérdidas producidas por la no utilización comercial y agrícola del terreno. Por lo tanto el Tribunal acoge el dictamen pericial sólo en lo referente al señalamiento de los factores para evaluar el daño emergente, es decir la suma de \$2.968.400.00 M.L. Se desecha la determinación del lucro cesante, por las razones expuestas anteriormente.

“Para concretar la condena que se hará en esta sentencia el Tribunal dispondrá lo siguiente: como perjuicios materiales:

“1) Por concepto de Daño Emergente la suma de \$2.968.400.00 M. L. debidamente actualizada, teniendo en cuenta la variación del índice de precios al consumidor certificado por el Banco de la República desde el mes de Enero de 1985 hasta la fecha de ejecutoria de esta sentencia.

“2) Como lucro cesante, a falta de determinación en el proceso, se reconocerá al demandante un interés puro o técnico del 6% anual sobre la suma de \$2.968.400 M.L. debidamente actualizada, teniendo en cuenta la variación del índice de precios al consumidor desde el mes de enero de 1985 hasta la fecha de ejecutoria de esta sentencia.

“La indexación monetaria, es la posibilidad que tiene el juzgador de actualizar o valorizar el monto de la condena. Algunos autores dicen que es la respuesta del derecho a la inflación.

“Es un hecho cierto, notorio, el impacto que causa la inflación por las diferencias de valor que se dan entre el momento de la ocurrencia del daño, al momento del fallo y el momento del pago de la obligación.

“La jurisprudencia tanto del H. Consejo de Estado como de la H. Corte Suprema de Justicia ha aceptado la actualización de las condenas en todas las áreas o ramas del derecho.

“La actualización de la condena debe procurarse que se haga en forma equitativa y justa, evitando romper el principio de la equidad, es decir, que no debe lesionarse al deudor ni al acreedor de la obligación. El procedimiento que se adopte para ello debe ser el de la comparación con otro elemento o parámetro que se toma como término de referencia para establecer la pérdida del valor adquisitivo de la moneda.

“En nuestro país el hecho de que en los últimos años la inflación ha incidido en forma notoria en el aumento del costo de la vida, ha llevado a que doctrinaria y jurisprudencialmente se acepte y opere la “indexación”, término éste que se ha venido utilizando cuando el juez oficiosamente actualiza el valor de la condena, y “actualización” cuando son las partes las que solicitan que la condena sea reajustada. Como en el presente caso la parte interesada en la condena omitió lamentablemente pedir la actualización de la misma, se trata entonces de indexación, ya que es el Tribunal quien por motivos de equidad, oficiosamente lo hace.

“Ha sido la Jurisdicción Contencioso Administrativo con el H. Consejo de Estado a la cabeza quien ha venido liderando jurisprudencialmente la necesidad de actualizar el monto de las condenas. Así lo hizo cuando utilizó el gramo de oro como referencia para actualizar el monto de los perjuicios morales (véase fallos de 13 de diciembre de 1979, de 7 de abril de 1980, de 28 de julio de 1987, etc. etc.).

“Legislativamente el art. 178 del C.C.A. (Decreto 01 de 1984) autorizó el ajuste de las condenas con fundamento en los índices de precios al consumidor y al por mayor, es decir, con base en los índices que detectan el alza de los precios de los bienes y servicios que conforman la canasta familiar que elabora mensualmente el Departamento Administrativo Nacional de Estadística – DANE –.

“Estos índices señalan el impacto de la inflación en nuestra moneda nacional, es decir, la pérdida de su valor adquisitivo, y comparados estos índices en un período determinado, por ejemplo entre la ocurrencia del daño y el momento del fallo, se conoce la pérdida del valor adquisitivo del peso colombiano.

“Por lo tanto no es necesario que el damnificado acredite el perjuicio que se le causa con la no actualización puesto que la pérdida del valor adquisitivo es un hecho público notorio, y no es lícito el argumento que se expone en contra de la actualización de las condenas, de ser el fallo extrapetita, puesto que para que el pago sea válido y surta sus efectos entre ellos el de la solución o liberación de la obligación, debe ser total o pleno, y no lo es cuando se paga con moneda que ha perdido su valor. Podrá la actora hoy, reparar los perjuicios con la cuantía de la condena que determinó el experticio practicado en 1986?

“La respuesta no tiene duda. Un NO absoluto es la contestación. Deben por lo tanto actualizarse las obligaciones de valor y así se ordenará hacerlo mediante la aplicación del artículo 178 del C.C.A.”. (folio 201 a 233 Cdno. No. 1).

– II –

SUSTENTACION DEL RECURSO

A folios 241 y siguientes del Cuaderno No. 1 obra el escrito en que el procurador 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 temperamento:

“Mi inconformidad consiste en la condena impuesta a la entidad demandada, la cual considero que no está de acuerdo con el dictámen rendido por los peritos JORGE OSORIO RESTREPO y JAIME CUENTAS BERDUGO, el día 27 de noviembre de 1986, dictámen que aparece a folios 115 a 120 del expediente, el cual fué posteriormente aclarado por solicitud del apoderado de la entidad demandada, pero no en lo referente a las sumas de dinero que habían estimado, así como también con relación a la tasa de interés al 6% anual sobre los dineros a pagar.

“Honorable Magistrado, las pruebas se apreciarán en su conjunto tal y como lo establece el artículo 187 del C.P.C., sin embargo, el Tribunal Administrativo del Atlántico no tuvo en cuenta al momento de fallar, que el dictámen rendido por los peritos no fué objetado, y al no ser objetado se constituye en ley del proceso, sin que el juzgador pueda variar el contenido del mismo.

“Los peritos estimaron el valor total de los daños que causó la inundación en el inmueble de mi poderdante, en la suma de \$4.779.400, pero en la sentencia impugnada se condena al pago de \$2.968.400, por concepto de perjuicios materiales, y como lucro cesante, intereses a la tasa del 6% anual sobre la suma antes mencionada (\$2.968.400).

“INTERESES AL 6% ANUAL

“Honorable Magistrado, resulta por demás ridículo condenar al pago de intereses al 6% anual, porque la norma que establece el C.C., sobre el interés legal, desde hace mucho tiempo está en desuso, el interés que se cobra es el bancario corriente, certificado por la Superintendencia Bancaria para los efectos del artículo 191 del C.P.C., interés que está actualmente al 36.41% anual lo que es igual al 3.034.16% mensual.

“El interés moratorio según lo establece el artículo 884 del Código de Comercio, es el doble del interés corriente, luego hay que condenar al pago de intereses moratorios al 72.82% anual, lo que es igual al 6.068.33% mensual, los cuales debe pagar la entidad demandada a partir de la ejecutoria de la sentencia y el interés corriente a partir del mes de enero de 1985.

“Para probar el interés autorizado por la Superintendencia Bancaria, me permito adjuntar fotocopia autenticada de la certificación expedida por dicha entidad, que por resolución No. 715— del 28 de febrero de 1991, publicada en el boletín No. 025, volumen 2 del Ministerio de Hacienda y Crédito Público Capítulo Superintendencia Bancaria el día 1o. de marzo del mismo año, se certificó para los efectos de los artículos 191 del C.P.C., y 884 del C.C., en un 36.41% efectivo anual el interés corriente bancario.

“Considero que la única falla que tiene la sentencia impugnada, es únicamente en lo relativo a la condena, las consideraciones de la Sala están muy bien analizadas y comparto en todas sus partes el análisis que se hizo de las pruebas, pero lamentablemente llegaron a una conclusión que no concuerda con el análisis que se hizo.

“Por lo expuesto, pido a los Honorables Magistrados de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, revocar la sentencia impugnada, en lo referente a la condena, o sea que se condene a la entidad demandada a pagar la suma de \$4.779.400, más intereses al 36.41% anual, e intereses moratorios al 72.82% anual”. (folios 241 a 242 Cdn. No. 1).

CONDUCTA PROCESAL DEL APODERADO DE LA NACION MINISTERIO DE OBRAS PUBLICAS Y TRANSPORTE

Dentro del término de ley alegó de conclusión, para EXPONER:

“3.— La ARGUMENTACION DE LA PARTE DEMANDADA.

“Para estos efectos me remito y reitero, en el contenido del alegato de conclusión presentado ante el Tribunal Administrativo del Atlántico, por considerar que no hubo negligencia u omisión en la prestación del servicio por La Nación.

“En relación con la argumentación del apelante, no comparto ésta por cuanto resulta inadmisibles a la luz de la ley, la jurisprudencia y la doctrina, por las siguientes razones:

“1) No comparto la sentencia del tribunal de primera instancia, además de las razones de mi alegato, porque el condenar a mi representada en la parte pertinente a la base para liquidar los intereses del 6% anual como lucro cesante, toma el valor de la condena en concreto, \$2.968.400,00 “debidamente actualizada teniendo en cuenta la variación del índice de precios al por mayor”.

“Lo anterior conlleva, que mi representada tendría que pagar intereses desde el mes de enero de 1985, no sobre el valor histórico sino sobre el valor ajustado, lo cual resulta injusto porque va a pagar intereses sobre un valor mayor total actualizado a hoy como si existiese actualizado a 1985, cuando la actualización implica la compensación de la pérdida del poder adquisitivo hoy, pero nunca puede significar un reconocimiento retroactivo de actualización para liquidar los intereses sobre sumas mayores inexistentes a la causación de tales intereses.

“2) En cuanto al concepto del apelante sobre el dictamen pericial, es inadmisibile, pues es un elemento que el juzgador puede o no acoger al apreciarlo conforme al art. 241 y por consiguiente puede acogerlo total o parcialmente; el dictamen no es una camisa de fuerza para el juzgador, hayase o no objetado, pues de lo contrario el juez no tendría la capacidad intrínseca — de su cargo que es juzgar; el dictamen es un elemento más con el que cuenta el juez, mas no, repito, una camisa de fuerza. La falta de objeción por error grave, no vuelve “ley del proceso el dictamen.

“3) Para utilizar la misma expresión del apelante, sin el ánimo de faltarle al respeto a los señores Magistrados ni al apelante, es ridícula la afirmación que hace de que la norma legal del Código Civil que establece los intereses legales del 6% anual “desde hace mucho tiempo está en desuso” y por consiguiente el interés que se debe aplicar es el bancario del 34.61%, para significar que no debe utilizarse, por no decir que la entiende derogada por “desuso”.

“No existe ninguna disposición legal que consagre el desuso de una norma como causal de “inutilización de las mismas o de derogatoria o revocatoria de ella”. El “desuso” no vuelve inaplicable una norma, para pretender aplicar normas de derecho comercial que no vienen al caso. Por consiguiente es inadmisibile el argumento para justificar los intereses bancarios, pues la disposición del art. 191 del C.P.C. es aplicable para efectos mercantiles y no estamos frente a un caso de esa naturaleza.

“4.— CONCLUSIONES

“Con fundamento en lo que exprese en su oportunidad en el alegato de conclusión, solicito se revoque la sentencia.

“En subsidio, solicito si esta ha de ser confirmada, que se modifique el literal b) del numeral 3o., en cuanto al lucro cesante, intereses a la tasa del 6^o/o anual, se liquiden sobre el valor histórico de la condena en concreto \$2.968.400 y no sobre esta suma actualizada y se confirme en sus demás partes”. (folios 249 a 250 Cdno. No. 1).

IV

CONCEPTO FISCAL:

El Fiscal Décimo de la Corporación, Dr. FERNANDO OSPINA HENAO, en su concepto de fondo OBSERVA:

“CONSIDERACIONES:

“A fin de que se condene a la Nación –Ministerio de Obras Públicas y Transporte– a raíz de las inundaciones ocasionadas por el desbordamiento de las aguas del Canal del Dique y que ocasionaron graves perjuicios de orden material, en el predio denominado “JUANA PABLA VIEJO” jurisdicción del Municipio de la Candelaria, y de propiedad de la demandante, se instauró la correspondiente demanda ante el Tribunal Administrativo del Atlántico.

“Sea lo primero advertir que aún cuando la demanda, no es un modelo de técnica jurídica, en tratándose de demandas que versen sobre responsabilidad extracontractual, conforme a la jurisprudencia de la Honorable Sala, le es dable al Juez interpretar la demanda, para decidir en el fondo la cuestión planteada. Así las cosas aún cuando se demandó al Ministerio de Obras Públicas, el cual carece de personería jurídica, ya que ésta reside en la Nación, se demandó igualmente ésta última. También el hecho de que la respectiva demanda se admitió y se ordenó la notificación del auto admisorio de la demanda al señor Ministro de Obras Públicas y Transporte, quien por intermedio del Secretario General de dicho Ministerio, se notificó y designó apoderado, para que actuara en el presente proceso a nombre de La Nación lo que efectivamente sucedió, hace que la excepción de inepta demanda propuesta por el apoderado de la demandada no prospere.

“Siguiendo éste orden de ideas, se analizarán los testimonios de las diferentes personas que fueron llamadas a declarar: El ingeniero Raúl Enrique Pereira Rojas quien fué funcionario del Ministerio de Obras Públicas, como Jefe División Obras Hidráulicas por seis años afirma:

“... El Río Magdalena se convierte en una zona inestable y por ende baja, en épocas de aguas máximas de afluencia de agua es superior, correspondiendo a los meses de Noviembre, Diciembre y Enero, cuan-

do ya comienzan a bajar los niveles de las aguas. Teniendo el Canal del Dique un trayecto de 114 kilómetros si mi mente no me es infiel, comprendido de la zona de Calamar, Kilómetros cero al Corregimiento de Pasa Caballos en el Departamento de Bolívar, el volumen de agua aumenta por la creciente que generalmente suele presentarse dos veces al año. En tal existen zonas rivereñas en que generalmente se encuentran defendidas por diques de contención con el objeto de evitar la entrada de agua a esas poblaciones. Esos diques deben ser mantenidos a cargo de entidades oficiales como el Ministerio de Obras Públicas y cuando son distritos de riego a cargo del Himat o el Incora y digo que deben ser mantenidos en razón a que cuando comienzan el descenso del río en épocas de verano, el poder de erosión es superior, llevando consigo material ubicado inicialmente en la construcción de los diques de contención. PREGUNTADO: Diga el declarante concretamente si el mantenimiento de las obras de contención del Canal del Dique corresponden al Ministerio de Obras Públicas y Transporte. CONTESTO: Sí desde luego que corresponden a cargo del Ministerio de Obras Públicas, haciendo la claridad que es concretamente sobre la conservación y estado del canal en mención, ya que lo referente a distritos de riego, ya corre a cuenta de entidades como el Himat y también creo que el Incora...". (Fol. 86 y ss.).

"El Gobernador del Departamento del Atlántico Doctor Fuad Ricardo Char Abdala manifiesta:

"... PREGUNTADO: Diga el declarante en su condición de Gobernador del Departamento del Atlántico, si con anterioridad a Diciembre de 1984 hubo algún trabajo de previsión por parte del Ministerio de Obras Públicas en el dique de contención del Canal del Dique para preveer los perjuicios que pudiera ocasionar la creciente del Río Magdalena? CONTESTO: No se hicieron realmente ningunos trabajos de mantenimiento en esos meses anteriores al rompimiento del mismo dique...". (Folio 91 y ss.).

"De otra parte del declarante JOSE HUGO VILLEGAS GONZALEZ en su declaración, manifiesta lo que a continuación se transcribe:

"... PREGUNTADO: Diga el declarante si sabe las causas que originaron las inundaciones de los pueblos del Sur del Atlántico el pasado mes de diciembre de 1984? CONTESTO: Considero dos causas de estas inundaciones. Primera: La ruptura del canal del Dique a la altura del kilómetro siete, de la carretera que conduce del puente de Calamar a la población de Santa Lucía en el Departamento del Atlántico. La ruptura sin duda alguna la ocasionó la imprevisión de los ingenieros ejecutantes del Dragado del Canal del dique, ya que al hacer su limpieza tenían que entender que las aguas correrían a mayor velocidad, y

debían preveer que al cegar —tapar— los caños del desague del canal sobre las ciénagas que quedan en la banda izquierda del canal en jurisdicción del Departamento de Bolívar, el terraplen de la banda derecha necesitaba un reforzamiento; no lo previeron, desde luego no lo hicieron, las aguas golpearon con mayor fuerza, el terraplén comenzó a ceder y se presentaron filtraciones, de las cuales informamos en ese momento al Gobernador del Departamento, al Himat, al Ministerio de Obras Públicas, aquí en Barranquilla a un doctor Romero y con mensajes al Ministerio (sic) de la época doctor Beltz Peralta. SEGUNDA: Pienso que la segunda causa de la inundación y pérdidas consiguientes la constituye, la negligencia, la incuria, del Ministerio de Obras Públicas, porque si hecha la ruptura por el Canal del Dique de inmediato se procede a taponar el chorro, las aguas no hubieran ocasionado tantísimo daño, pero tenemos que el Ministerio de Obras tan solo se hizo presente para dar las órdenes pertinentes el día de los inocentes, el 28 de diciembre y con la eficaz orden del señor Ministro de Obras Públicas se tapó el chorro, las aguas dejaron de entrar pero ya había transcurrido un mes y éstas habían hecho ya su daño. PREGUNTADO: Diga el declarante si durante los meses anteriores a Diciembre de 1984, el Ministerio de Obras Públicas y transporte como entidad encargada de velar por el mantenimiento del dique de contención del Canal del Dique efectuó trabajos con miras a prevenir posibles inundaciones como consecuencia de la creciente que se produce todos los años en el Río Magdalena. CONTESTO: No señor, el Ministerio de Obras Públicas no sólo no previno, efectuando obras de mantenimiento y de prevención propiamente, sino que se hizo sordo a los clamores de todas esas poblaciones presentadas por escritos en memoriales que deben estar en el Ministerio de Obras Públicas y copia de los cuales reposan en los archivos de las organizaciones campesinas del Sur del Atlántico...". (Ver folio 94 y ss.).

"El doctor Urbano Rodríguez Muñoz en su declaración manifiesta:

"... PREGUNTADO: Diga el declarante si en su condición de Representante a la Cámara por el Departamento del Atlántico, gestionó ante el Ministerio de Obras Públicas y Transportes lo concerniente al mandamiento del dique de contención del Canal del Dique en los meses anteriores a diciembre de 1984? CONTESTO: Para esa época y en virtud del conocimiento que tengo de toda la región como que siendo Secretario de Obras Públicas del Departamento me correspondió en años anteriores la vigilancia de ese tramo de carretera comprendido entre Calamar y Santa Lucía, por varias veces me acerqué a las autoridades tanto nacionales como departamentales para la buena conservación de ese tramo carretable. PREGUNTADO: Diga el declarante si sabe las causas que originaron las inundaciones de los pueblos del Sur del Atlántico el pasado mes de diciembre de 1984? CONTESTO:

Fué un fenómeno bien conocido por la opinión pública de la Costa Atlántica y especialmente de los moradores del Departamento del Atlántico en virtud de que las constantes lluvias de la época hicieron que las aguas del canal del Dique se crecieran más allá del nivel normal estrictamente sobre la rivera del Departamento del Atlántico y además por lo bajo de la situación de Santa Lucía y el tramo hasta la desembocadura del Dique en el Río Magdalena. Incuestionablemente el

abandono que el abandono (sic) a que estuvo sometido ese tramo ocasionó a mi entender que se desbocara un fuerte chorro o boquerón que inundó una vasta región del sur del Atlántico agregándole a ello rumores de haber existido gentes que propiciaron la ruptura de ese tramo carretable, rumores que en mi opinión quedaron descartados por la intervención de técnicos llegados a la región”. (folio 98 y ss.).

“Ahora bien, el Decreto No. 1173 de Mayo 14 de 1980 por el cual se reorganiza el Ministerio de Obras Públicas y Transporte en su artículo 1o. establece: “Corresponde al Ministerio de Obras Públicas y Transporte, definir, formular, orientar y ejecutar la política Nacional relacionada con la construcción y mantenimiento de la infraestructura del transporte terrestre, marítimo y fluvial del país, así como el manejo y la administración de éste”.

“A su turno el artículo 2o. del citado Decreto establece:

“En desarrollo de sus objetivos el Ministerio de Obras Públicas y Transporte, cumplirá las siguientes funciones: 2.2. Elaborar Ejecutar, controlar y evaluar los planes y programas de construcción, conservación y mejoramiento de las carreteras nacionales, vías de acceso, variantes, puentes y demás obras complementarias, así como los relativos al mejoramiento y conservación de las vías y puertos fluviales del país.

“Por su lado el artículo 20 del mismo Decreto establece:

“Son funciones de la Dirección de Navegación y puertos las siguientes:

“20.1.— Ejecutar la política del Ministerio sobre transporte fluvial a su cargo.

“20.3.— Dirigir y controlar la elaboración de los planes y programas sobre encabezamiento, dragado, conservación, operación y señalización de las vías fluviales navegables; sobre construcción y conservación de las obras hidráulicas requeridas para el encauzamiento de las vías fluviales navegables, sobre la construcción, conservación y operación de los puertos fluviales y sobre la construcción y conservación de las obras marítimas no adscritas a otras entidades”.

“A su turno el Decreto No. 1322 de mayo 5 de 1983 en su artículo 39 establece:

“La División de Obras Hidráulicas tendrá las siguientes funciones:

“39.3 Ejecutar y controlar las obras hidráulicas, de dragado, rellenos, encauzamiento y señalización de las vías fluviales navegables, así como las obras de defensa de los puertos, zonas ribereñas y demás obras marítimas a su cargo.

“Con base en las normas anteriormente señaladas, se concluye que es al Ministerio de Obras Públicas y Transporte a quien corresponde el mantenimiento y conservación del Canal del Dique, a fin de evitar tragedias, como las que se presentaron y se han señalado en el presente proceso.

“Obra igualmente en el proceso, un dictámen rendido por los peritos ante el Tribunal Administrativo del Atlántico. En dicho dictámen se hace una descripción en cuanto a la ubicación, identificación, linderos, área, topografía y suelos del predio afectado por la inundación. Se establece el daño ocurrido en las cercas, en los cultivos, en los pastos, así como las pérdidas de madera. Igualmente los señores peritos manifiestan los daños al igual que el lucro cesante. (Folio 115 y ss.).

“Se ve, como en el presente caso, la inundación que afectó el predio de la demandante sobrevino por cuanto el Ministerio de Obras Públicas y Transporte no sólo no efectuó las obras de mantenimiento y prevención sobre el Canal del Dique y que por ley le correspondían sino que se hizo sordo a los clamores de los habitantes de las poblaciones afectadas.

“Es así, como se ve de manera clara la omisión en que incurrió el Ministerio de Obras Públicas y Transporte, omisión que trajo como consecuencia los daños ocasionados en el predio de la actora denominado “JUANA PABLA VIEJO”, ubicado en jurisdicción del Municipio de La Candelaria, Departamento del Atlántico.

“Al configurarse los elementos que se exigen para que se dé clara responsabilidad de la Nación, tales como la falta del servicio, consistente en la conducta omisiva por parte de la administración, el daño ocasionado al demandante y la relación de causalidad entre la falla y el daño, se impone la obligación de que la Nación indemnice a la demandante los perjuicios ocasionados.

“En lo que tiene que ver con la determinación de los perjuicios materiales ocasionados, considera este despacho que se debe acoger la suma se-

ñalada por el Tribunal *a-quo*, toda vez que para la determinación del lucro cesante, los peritos como bien lo dice el Tribunal, se limitaron sencillamente a señalar como tal, el quantum obtenido como daño emergente, señalando simplemente que el valor del lucro cesante corresponde a las pérdidas producidas por la no utilización comercial y agrícola del terreno. (Folio 120).

“La calidad de propietaria de la demandante se acredita con la certificación suscrita por el Registrador de Instrumentos Públicos de Sabana-larga (Atlántico), y que obra a folio 2.

“Por las anteriores consideraciones, se solicita de la Honorable Sala la confirmación del Fallo apelado”. (folios 255 a 262).

— V —

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

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

La valoración jurídica y probatoria que hizo el sentenciador de instancia la hace suya la Sala, pues ella se ajusta a la ley y al derecho. En el *sub-lite* no hay espacio para la duda que impida concluir que los terrenos de propiedad de la demandante se inundaron, en el mes de diciembre de 1984, como consecuencia de la ruptura del Canal del Dique, a la altura del Kilómetro siete de la carretera que conduce del puente de Calamar a la población de Santa Lucía, como se infiere del universo de las declaraciones rendidas dentro del proceso, de las cuales el *ad-quem* retiene, en lo sustancial, lo siguiente:

FAUD RICARDO CHAR ABDALA

Gobernador del Departamento del Atlántico, dijo:

“PREGUNTADO ... ¿Qué gestión realizó ante el Ministerio de Obras Públicas y Transporte, durante los meses de Octubre, Noviembre y Diciembre de 1984, con el fin de que esta entidad, Ministerio de Obras Públicas, previniera los posibles daños que se ocasionarían por la ruptura del Canal del Dique en los pueblos del sur del Atlántico? CONTESTO: Sí, normalmente la administración departamental adelanta conjuntamente con el Distrito 20 de Carretera, dependiente del Ministerio de Obras Públicas y el Himat, entidad dependiente del Ministerio de Agricultura la revisión de los sitios críticos donde tradicionalmente el Río Magdalena y el Canal del Dique en razón de las crecientes que pueda afectar, especialmente los Municipios o Corregimientos, que están ubi-

cados en la rivera del Río o del Dique. Estos puntos críticos en el Departamento del Atlántico donde conjuntamente con el Distrito 20 de Carretera, se visitaron, se reforzaron los terraplenes y muros de contención, existen precisamente para evitar las inundaciones, fueron reforzados con nuevos materiales en Municipios como Sabana grande, Santo Tomás, Palmar de Varela, Suan y Santa Lucía, lo mismo que una labor de vigilancia en los días de mayor incremento de la (sic) del volumen del Río como lo es el mes de Noviembre de cada año. Estas fueron las acciones que se realizaron por el Departamento con la asistencia técnica y económica por parte del Ministerio de Obras Públicas y del Ministerio de Agricultura ... REPREGUNTADO: Diga el declarante en su condición de Gobernador del Departamento del Atlántico, si con anterioridad a Diciembre de 1984, hubo algún trabajo de previsión por parte del Ministerio de Obras Públicas en el dique de contención del Canal del Dique para prever los perjuicios que pudiera ocasionar la creciente del Río Magdalena? CONTESTO: *No se hicieron realmente ningunos trabajos de mantenimiento en esos meses anteriores al rompimiento del mismo dique ...* (Subrayas de la Sala).

JOSE HUGO VILLEGAS GONZALEZ

De profesión abogado, dijo:

“REPREGUNTADO: Diga el declarante si sabe las causas que originaron las inundaciones de los pueblos del sur del Atlántico el pasado mes de diciembre de 1984? CONTESTO: Considero dos causas de estas inundaciones. Primera *la ruptura del Canal del Dique a la altura del kilómetro siete, de la carretera que conduce del puente de Calamar a la población de Santa Lucía* en el Departamento del Atlántico. *La ruptura sin duda alguna la ocasionó la imprevisión de los ingenieros ejecutantes del dragado del Canal del Dique, ya que al hacer su limpieza tenían que entender que las aguas correrían a mayor velocidad, y debían prever que el cegar-tapar los caños del desagüe del canal sobre las ciénagas que quedan en la banda izquierda del canal en jurisdicción del Departamento de Bolívar, el terraplén de la banda derecho necesitaba un reforzamiento; no lo previeron, desde luego no lo hicieron, las aguas golpearon con mayor fuerza, el terraplén comenzó a ceder y se presentaron filtraciones, de las cuales informamos en ese momento al Gobernador del Departamento, al Himat, al Ministerio de Obras Públicas, aquí en Barranquilla a un Doctor Romero y con mensajes al Ministro de la época doctor Beltz Peralta.* Segunda. *Pienso que la segunda causa de la inundación y pérdidas consiguientes la constituye, la negligencia, la incuria del Ministerio de Obras Públicas, porque si hecha la ruptura por el Canal del Dique, de inmediato se procede a taponar el chorro, las aguas no hubieran ocasionado tantísimo daño, pero tenemos*

que el Ministerio de Obras tan sólo se hizo presente para dar las órdenes pertinentes el día de los inocentes, el 28 de diciembre y con la eficaz orden del señor Ministro de Obras Públicas *se taponó el chorro, las aguas dejaron de entrar pero ya había transcurrido un mes y éstas habían hecho ya su daño ...* el Ministerio de Obras Públicas no sólo no previno, efectuando obras de mantenimiento y de prevención propia- mente, sino que *se hizo sordo a los clamores de todas esas poblaciones presentadas por escrito en memoriales que deben estar en el Ministerio de Obras Públicas y copia de las cuales reposan en los archivos de las organizaciones campesinas ...*”.

URBANO RODRIGUEZ MUÑOZ

Abogado de profesión, representante a la Cámara, destacó:

“REPREGUNTADO: Diga el declarante si sabe las causas que originaron las inundaciones de los pueblos del sur del Atlántico el pasado mes de diciembre de 1984? CONTESTO: Fue un fenómeno bien conocido por la opinión pública de la Costa Atlántica y especialmente de los moradores del Departamento del Atlántico en virtud de que las constantes lluvias de la época hicieron que las aguas del Canal del Dique se crecieran más allá del nivel normal estrictamente sobre la rivera del Departamento del Atlántico y además por lo bajo de la situación de Santa Lucía y el tramo hasta la desembocadura del Dique en el Río Magdalena. *Incuestionablemente el abandono... a que estuvo sometido ese tramo ocasionó a mi entender que se desbocara un fuerte chorro o boquerón que inundó una basta región del sur del Atlántico*, agregándole a ello rumores de haber existido gentes que proporcionaron la ruptura de ese tramo carretable, rumores que en mi opinión quedaron descartados por intervención de técnicos llegados de la región... Hubo un fenómeno que hay que tener muy en cuenta las inundaciones y específicamente la del año de 1984 *y fue la imprevisión que hubo al canalizar el llamado Canal del Dique que arrastró con fuerza no normal diría yo, una fuerte corriente que erosionó parte de la carretera desde Santa Lucía y San Pedrito en el Departamento de Bolívar*. Debó declarar que una vez que hubo la ruptura del llamado chorro del Canal del Dique el Ministerio de Obras Públicas lo mismo que el gobierno departamental destacaron por una parte una draga del Ministerio de Obras y por el otro lado una movilización de los Departamentos de la Costa Atlántica, acarreando por medio de volquetas, arena y piedra para contener el empuje de las aguas que ya habían inundado a la región; por otro lado en lo que toca al Ministerio de Obras Públicas el año pasado se destacó tres dragas venidas de la China para desviar la corriente del Río Magdalena que golpea sobre Caño de Piedra en el sitio denominado Islas de las Garzas al tiempo que se hizo un desvío de la carretera en

una extensión de un kilómetro para evitar futuras inundaciones en el sitio denominado Caño de Piedra. *Como lo he expresado anteriormente las quejas escuchadas de los habitantes de Santa Lucía especialmente, vinieron a ser oídas una vez que el dique rompió como arriba dije el terplem que comunica a Santa Lucía con San Pedrito...*"

B) A la luz del acervo probatorio que se deja enlistado se impone concluir que la ruptura del Canal del Dique, causa de la inundación que se produjo en la región, se debió al mal mantenimiento y a la negligencia del Ministerio de Obras Públicas en la conservación del mismo. Resulta incomprendible que registradas las filtraciones de que habla el declarante Dr. José Hugo Villegas González, no se hubiesen acometido las obras para hacerle frente a la situación. Por qué motivo, causa o razón, lo que se hizo una vez presentada la tragedia no se efectuó antes de que ésta ocurriera? Para la Sala el testimonio del Señor Gobernador del Departamento, Dr. FUAD RICARDO CHAR ABDALA, sería suficiente para darle piso jurídico a la sentencia de condena, pues éste no vacila en manifestar: **"NO SE HICIERON REALMENTE NINGUNOS TRABAJOS DE MANTENIMIENTO EN ESOS MESES ANTERIORES AL ROMPIMIENTO DEL MISMO DIQUE"**.

El mandatario judicial del Ministerio de Obras Públicas, en su alegato ante el *a-quo*, predica que en el caso en comento no se demostró que la inundación se deba a culpa de su representado, para lo cual discurre, en lo pertinente, dentro del siguiente universo:

"Si en gracia de discusión admitiésemos como válidos los testimonios, como ya lo anoté, éstos no acreditan los hechos fundamentales que se pretenden imputar a mi representada: que la inundación se deba a culpa de mi representada... Respecto de la Inspección Judicial y el dictamen pericial rendido dentro de ella, cabe anotarle que los peritos y lo verificado en la diligencia, se reduce a establecer el hecho de la inundación, los presuntos perjuicios causados en el predio de la demandante, pero no consigna en parte alguna, ni la diligencia ni el dictamen la causa real del desbordamiento que causó la inundación y menos aún que se deba a culpa por negligencia o imprevisión de la Nación". (Cdno. No. 1, Fol. 176).

Para la Sala esa perspectiva de manejo probatorio no es de recibo en el caso en comento, pues como ya se dijo en otro aparte de esta providencia, la culpa del centro de imputación jurídica demandado resultó bien probada. Pero es más: Si la realidad probatoria hubiese sido otra, debe recordarse que a la luz de lo preceptuado en el artículo 90 de la Constitución Nacional de 1991, el Estado debe responder "... patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas". Dentro de este universo constitucional no hay duda de que el fundamento de la responsabilidad administrativa no se da siempre por una

conducta dolosa o culpable, que deba ser sancionada, sino por el quebranto patrimonial que hay que reparar. La atención del constituyente se desplazó, pues, desde el autor a la conducta causante del daño, hacia la víctima misma. Por ello importa más reparar el daño causado, que castigar una acción u omisión administrativa culpable. La finalidad de la responsabilidad patrimonial no consiste, pues, en BORRAR UNA CULPA, sino en hacer recaer sobre el patrimonio de la administración, el DAÑO SUFRIDO por el particular.

No hay duda de que a partir del texto Constitucional citado la responsabilidad se ha tornado en grado sumo OBJETIVA, puesto que la culpa ha dejado de ser el fundamento único del sistema indemnizatorio, convirtiéndose simplemente en uno de los criterios jurídicos de imputación de daños a la administración. Por ello es posible, en muchos casos, que se tenga derecho a la indemnización de los daños patrimoniales ocasionados con una actuación administrativa lícita. La filosofía que informa todo este universo jurídico se apoya en EL PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD, que se recoge también en el artículo primero de la Constitución Nacional cuando se afirma que Colombia es un Estado social de derecho, fundado en el respeto de la dignidad de la persona humana y en LA SOLIDARIDAD DE LAS PERSONAS QUE LA INTEGRAN.

En la materia que se estudia, la Sala reitera la pauta jurisprudencial que fijó en sentencia de 31 de octubre de mil novecientos noventa y uno (1991). Expediente No. 6515, Actor: Fabio Ruiz Ospina, Demandado La Nación – Ministerio de Obras Públicas – Fondo Vial Nacional en la cual se razona dentro del siguiente temperamento:

“Es verdad que en la ley de leyes no se define el concepto de “daños antijurídicos”, realidad que lleva a indagar el alcance actual del mismo. Y es la doctrina española la que lo precisa en todo su universo. Para LEGUINA, “... un daño será antijurídico cuando la víctima del mismo no esté obligada por imperativo explícito del ordenamiento – a soportar la lesión de un interés patrimonial garantizado por la norma jurídica”. (Cita de J.M. de la Cuétara. La actividad de la Administración. Tecnos. Pág. 554).

“Dentro del anterior perfil, la responsabilidad se torna OBJETIVA, pues como lo enseña este último tratadista.

“... no se trata de ningún perjuicio CAUSADO antijurídicamente, sino de un PERJUICIO ANTIJURIDICO EN SI MISMO; por otra parte, se desvincula de la licitud o ilicitud de la actuación de la que se deriva la lesión, con lo que se hace capaz de abarcar la totalidad de supuestos de responsabilidad posibles ... La jurisprudencia, por su parte, ha acogido ampliamente los términos en que está formulada la teoría, insistiendo especialmente en la idea de que la responsabilidad surge cuando un

particular no está obligado a soportar un detrimento patrimonial. A continuación se transcriben unos párrafos en los que se desarrolla con claridad meridiana la postura del Tribunal Supremo.

“Sentencia de 27 mar. 1980 (Sala 4a. Ref. No. 2249):

“Por responsabilidad de la Administración — central o local — ha de entenderse aquella obligación general que a la misma incumbe, fuera del ámbito del ejercicio de sus potestades expropiatorias — que tienen una regulación especial — de resarcir a los particulares de los daños y perjuicios, que no estando obligados por imperativo legal u otro vínculo jurídico a soportar, son consecuencia del quehacer administrativo de aquella.

“Siempre que se produzca un daño o un perjuicio en el patrimonio de un particular, sin que éste venga obligado por una disposición legal o vínculo jurídico a soportarlo, encontrando su causa desencadenante precisa en el mencionado funcionamiento, mediante un nexo de efecto a causa, ha de entenderse que se origina automáticamente en la Administración la obligación de su directo y principal resarcimiento.

“La ratio legis” verdadera consiste en que cualquier particular, por el sólo hecho de haber entrado en la obligada esfera de actuación administrativa que el principio de soberanía comporta, quedando subordinado a ella sin un deber expreso de sacrificio, siempre que haya sufrido un daño o sacrificio que reúna las condiciones de “injusto, efectivo, económicamente evaluable y susceptible de individualización personal o grupal”, ha de tener la garantía por parte de la Administración de su resarcimiento, dotándole de acción procesal directa contra la misma, sin que sea para ello preciso identificar si en el mencionado actuar lesionante hubo comportamiento voluntario, doloso o culposo, de la persona o personas que encarnan el órgano administrativo que lo produjo, máxime cuando el daño o perjuicio hubiera sido originado por un comportamiento institucional”.

“Dentro del mismo universo discurre el Profesor Eduardo García de Enterría, quien sobre el particular enseña:

“2. El concepto técnico-jurídico de lesión resarcible y sus notas características.

“Al construir la institución de la responsabilidad de la Administración al margen de toda idea de ilicitud o culpa, el fundamento de aquella se desplaza desde la perspectiva tradicional de la acción del sujeto responsable (que parte de la concepción primitiva de ver en la responsabilidad patrimonial la sanción a una conducta culpable) a la del patri-

monio de la persona lesionada. La responsabilidad pasa a reposar de este modo sobre un principio abstracto de garantías de los patrimonios, dejando de ser una sanción personal por un comportamiento indecuerdo para convertirse en un mecanismo objetivo de reparación, que se pone en funcionamiento sólo si, en la medida en que, se ha producido una lesión patrimonial. El concepto de lesión patrimonial se convierte de este modo en el basamento mismo del sistema, lo cual hace especialmente necesario caracterizarlo con toda precisión desde un punto de vista técnico jurídico; nada perjudicaría tanto al progresivo sistema establecido en nuestro Derecho que interpretarlo como una fórmula inespecífica, que o bien pudiese justificar cualquier pretensión indemnizatoria, por absurda que fuese, o bien remitirse a valoraciones de equidad según libres estimaciones de los aplicadores del Derecho en cada caso. Nuestro sistema positivo, por el contrario, reposa sobre un profundo rigor técnico, que sólo precisa de una explicación coherente.

“A estos efectos conviene comenzar por distinguir el concepto jurídico de lesión del concepto vulgar de perjuicio. En este último sentido, puramente económico o material, por perjuicio se entiende un detrimento patrimonial cualquiera. *Para que exista lesión resarcible se requiere, sin embargo, que ese detrimento patrimonial sea antijurídico, no ya porque la conducta de su autor sea contraria a Derecho (antijuridicidad subjetiva), sino, más simplemente, porque el sujeto que lo sufre no tenga el deber jurídico de soportarlo (antijuridicidad objetiva: vid., por ejemplo, los Dictámenes del Consejo de Estado de 5 de abril de 1968 y 8 de julio de 1971, entre otros muchos). Como dice con toda corrección la S. de 27 de enero de 1971 y reitera el Auto de 10 de febrero de 1972, la lesión supone un “perjuicio que no es antijurídico por la manera de producirse, sino porque el titular del bien o derecho lesionado no tiene el deber jurídico de soportarlo, aún cuando el agente que lo ocasione obre dentro del marco de la licitud”.* La antijuridicidad susceptible de convertir el perjuicio económico en lesión indemnizable se predica, pues, del efecto de la acción administrativa (no de la actuación del agente de la Administración causante material del daño), a partir de un principio objetivo de garantía del patrimonio de los ciudadanos que despliega su operatividad postulando la cobertura del daño causado en tanto en cuanto no existan causas de justificación que legitimen como tal el perjuicio de que se trate”.

“Este nuevo enfoque de la responsabilidad administrativa en el derecho colombiano se consignó en sentencia de 27 de junio de mil novecientos noventa y uno (1991), Expediente No. 6454, Actor: EDGAR, PEREZ RODRIGUEZ. Demandado Instituto de Crédito Territorial, y se reitera ahora. Fácilmente se comprende que los ciudadanos que transitan por las vías públicas no tienen porqué soportar ningún detrimento patrimonial por el hecho de hacerlo. La sola circunstancia de que una piedra se

SECCION TERCERA

desprenda de las alturas, y cause un daño al peregrino que pasa, permite afirmar que se ha registrado una ANTIJURICIDAD OBJETIVA, dentro del temperamento en que discurre el profesor García de Enterría en el aparte de su obra ya transcrito”.

C) Por lo que hace relación con los daños causados y el monto de los perjuicios, la Sala acoge con algunas salvedades, lo expuesto por los auxiliares de la justicia, en el trabajo que presentaron, y que obra a folios 115 y siguientes del Cuaderno No. 1. Lo expuesto por ellos bajo los rubros “DAÑO EN LAS CERCAS”. “DAÑO EN LOS CULTIVOS” “Y DAÑOS EN LOS PASTOS”, no merece cuestionamiento alguno. No ocurre lo propio con lo expuesto bajo la referencia “PERDIDAS EN MADERA”, pues en este particular fijan el daño partiendo de suposiciones que no pueden ser de recibo para el sentenciador. Allí se lee:

“Suponiendo la existencia de 250 árboles grandes que pueden dar 12 madrinas cada uno a razón de \$ 120.00 promedio. El valor de la madera que se pierde es de \$360.000.00 para el año de 1985. Y puede estimarse un 70% de este valor para el año de 1986 ya que las pérdidas no fueron totales, y es de \$252.000.00 para un total de \$612.000.00”. (Cdo. No. 1, fol. 119).

Esta partida debe desaparecer del monto de la condena que hizo el tribunal pues sólo tiene apoyo en SUPOSICIONES.

Esta realidad explica que el monto histórico de la condena quede en sólo en DOS MILLONES TRESCIENTOS CINCUENTA Y SEIS MIL CUATROCIENTOS PESOS (\$2.356.000.00).

Se revocará también la decisión del *a-quo* en cuanto ordenó actualizar la condena y pagar intereses técnicos del seis por ciento anual, pues en la demanda no se impetró tal actualización. En este rubro la Sala tiene jurisprudencia reiterada en el sentido de que tal pretensión debe consignarse en el libelo. Así las cosas, los intereses que se deben reconocer son los comerciales corrientes que certifique la Superintendencia Bancaria, para el período comprendido entre Diciembre de 1984 y la fecha de ejecutoria de este fallo.

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.), segundo (2o.), cuarto (4o.) y quinto (5o.) de la sentencia calendarada el día catorce (14) de mayo de mil novecientos noventa y uno (1991), proferida por el Tribunal Administra-

tivo del Atlántico, dentro del proceso del rubro, por las razones dadas en los considerandos de este proveído;

2o.) REVOCASE el numeral tercero (3o.) del mismo fallo, el cual quedará así: "3o. Como consecuencia de la declaración anterior y a manera de reparación del daño se condena en concreto a LA NACION -MINISTERIO DE OBRAS PUBLICAS Y TRANSPORTE a pagar a la señora EMILIA GUIDO DE MAZENETT, por concepto de perjuicios materiales: a) Como daño emergente la suma de DOS MILLONES TRESCIENTOS CINCUENTA Y SEIS MIL CUATROCIENTOS PESOS (\$2'356.400.00); b) Como lucro cesante los intereses comerciales corrientes de esta suma por el período comprendido entre diciembre de 1984 y la fecha de ejecutoria de este fallo, teniendo en cuenta el buen cuidado de no cobrar intereses de intereses. A la cuenta de cobro se deberá acompañar el certificado expedido por la Superintendencia Bancaria sobre el monto del referido interés. Deniéganse las demás pretensiones de la demanda".

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE.

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

CULPA DE LA VICTIMA/RESPONSABILIDAD SOLIDARIA/CONCURRENCIA DE CULPAS

Las expresiones groseras, agresivas y desafiantes de la víctima frente a los agentes del orden, seguramente originó la reacción policial. Esa provocación verbal y de hecho, dadas las dudas que obran en autos, si bien no es suficiente para exonerar de responsabilidad patrimonial a la Policía Nacional, en su totalidad, sí lo es para atenuarla, por lo menos en la mitad, dada la participación inicial de la víctima en los hechos. Se da entonces la exculpación parcial del ente oficial por culpa de la víctima.

PERJUICIOS MATERIALES A TERCEROS/PERJUICIOS MATERIALES A CONCUBINA/CONCUBINATO/LEY DEL DIVIDENDO

Estima la Sala que legalmente no le corresponde calificar si se da o no una supuesta unión marital de hecho, toda vez que esa decisión compete a los jueces de familia, sin que ello impida observar el comportamiento sociológico llevado a cabo por el occiso y su compañera, para inferir de tal comportamiento el interés jurídico y económico que le asiste a la demandante en su pretensión de ser indemnizada. Procede dividir el valor asignado como indemnización entre la madre y sus hijos menores, con aplicación de la "ley del dividendo", esto es, por cabezas y en proporciones iguales para cada uno.

PERJUICIOS MORALES A MENORES

Respecto de los hijos menores, jurisprudencialmente se tiene establecido el derecho de indemnización por perjuicio moral hasta el equivalente en pesos a mil gramos de oro, sin que sea de aceptación la tesis de que por tratarse de menores, no resultan afectados moralmente con la misma intensidad y con los mismos efectos de los mayores.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Santafé de Bogotá, D. C., noviembre veintinueve (29) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Daniel Suárez Hernández.*

Referencia Expediente No. 6487. Actor: María Dolores Martínez.

Conoce la Sala del recurso de apelación que interpuso la parte actora contra la sentencia de 17 de septiembre de 1990, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, Sección Primera, mediante la cual dispuso:

“1.o.—DECLARAR QUE LA NACION — POLICIA NACIONAL es responsable administrativamente de todos los daños y perjuicios ocasionados a MARIA DOLORES MARTINEZ, mayor y vecina de Cali, y a sus hijos menores HARRISON FREDDY PALACIOS y ROBINSON PALACIOS, en razón de la muerte violenta de que fue víctima FREDDY PALACIOS RIVERA, compañero permanente de la primera y padre natural de los menores, en hechos ocurridos el día 13 de noviembre, de 1983 en el Barrio Nueva Floresta de la ciudad de Cali, los cuales fueron protagonizados por el Agente de la Policía Nacional EDGAR TABARES, en evidente falla del servicio.

“2.o.— Como consecuencia de la declaración anterior, condénase a la NACION — POLICIA NACIONAL — a pagar como PERJUICIOS MORALES a MARIA DOLORES MARTINEZ el equivalente a Mil pesos gramos oro (1.000), a HARRISON FREDDY PALACIOS Quinientos (500) gramos oro y a ROBINSON PALACIOS quinientos (500) gramos oro, conforme al valor que certifique el Banco de la República, a la fecha de ejecutoria de esta sentencia.

“3.o. Condénase, además a la NACION — POLICIA NACIONAL — a pagar a MARIA DOLORES MARTINEZ, HARRISON FREDDY PALACIOS y ROBINSON PALACIOS, a título de indemnización de PERJUICIOS MATERIALES la suma de NUEVE MILLONES SEISCIENTOS CINCUENTA Y CINCO MIL DOSCIENTOS CUARENTA PESOS CON SETENTA CENTAVOS (\$9.655.240.70) M/Cte.

“Esta condena se cumplirá en los términos de los arts. 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo”. (Fols. 198 y 199).

I. ANTECEDENTES

1o.- La demanda

Con fecha 17 de octubre de 1984, María Dolores Martínez, en su propio nombre, y como representante legal de sus menores hijos HARRINSON FREDDY y ROBINSON PALACIOS, por conducto de apoderado, ante el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, formuló demanda contra la Nación - Policía Nacional, para que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

“PRIMERA.- LA NACION - POLICIA NACIONAL -, es responsable de todos los daños y perjuicios ocasionados a la señora MARIA DOLORES MARTINEZ, mayor y vecina de Cali y a sus hijos menores HARRINSON FREDDY PALACIOS y ROBINSON PALACIOS, en razón de la muerte violenta de que fué víctima el señor FREDDY PALACIOS RIVERA, compañero permanente de la primera y padre natural de los menores, en hechos ocurridos el día 13 de noviembre de 1983 en el Barrio Nueva Floresta de la ciudad de Cali, los cuales fueron protagonizados por el Agente de la Policía Nacional EDGAR TABARES, en evidente falla del servicio.

“SEGUNDA.- Condénase a LA NACION - POLICIA NACIONAL -, a pagar a la señora MARIA DOLORES MARTINEZ y a los menores HARRINSON FREDDY PALACIOS y ROBINSON PALACIOS, por intermedio de su apoderado, todos los daños y perjuicios que les fueron causados con la mencionada muerte, incluyendo en el lucro cesante los intereses compensatorios de lo que sumen desde la fecha de haberse causado hasta aquella de la fijación de la indemnización, conforme a la siguiente liquidación, o a la que se demostrase en el proceso, así:

“a) SIETE MILLONES DE PESOS (\$7.000.000) por concepto de lucro cesante o sea la suma que el señor FREDDY PALACIOS RIVERA dejó de producir por razón de su muerte en la actividad económica a que estaba dedicado (constructor y propietario de juegos de tejo y sapo) en los 29 años de vida probable que le quedaban, tomando en consideración su edad en el momento de su fallecimiento (28 años) y el promedio de vida probable calculado para la República de Colombia, según la Tabla de Mortalidad aprobada por la Superintendencia Bancaria.

“b) Daños y perjuicios patrimoniales directos o daño emergente, por la suma de QUINIENTOS MIL PESOS (\$500.000), o la que se acogiere en el proceso, por concepto de gastos de entierro, diligencias judiciales, honorarios de abogado, etc., pago que se hará en pesos que tengan el mismo poder de compra que los de la fecha en que se causaron los daños y perjuicios, o sea, teniendo en cuenta la variación del índice de

precios al consumidor entre el día de la muerte y el de la sentencia. 4.000 gramos de oro (art. 107 del C.P.).

“c) DOS MILLONES DE PESOS (\$2.000.000) para cada uno de los interesados por concepto de perjuicios morales o “pretium doloris”, consistentes en el profundo trauma psíquico que produce el hecho de verse el ser humano privado injustamente de la presencia vital de un ser querido, o el equivalente en pesos colombianos de 1.000 gramos de oro para cada uno de los demandantes (art. 106 del C.P.).

“d) Intereses aumentados con la variación promedio mensual del índice de precios al consumidor desde la fecha de la sentencia hasta la de su cumplimiento.

“TERCERA.— LA NACION — POLICIA NACIONAL —, dará cumplimiento a la presente sentencia dentro de los 30 días siguientes a partir de la ejecutoria de la misma.

“Lo anterior, previo el reconocimiento de mi personería”. (Fols. 6 y 7).

2o.— Fundamentos de hecho

Aparecen relacionados así en la demanda:

“1o.— El Sr. FREDY PALACIOS RIVERA y la señora MARIA DOLORES MARTINEZ juntaron sus vidas en unión libre, dándose el trato público y privado de compañeros permanentes, lo que tuvo ocurrencia aproximadamente desde el año de 1975.

“2o.— Durante las relaciones extramatrimoniales de los anteriores y como fruto natural de ellas nacieron dos niños, a saber: HARRINSON FREDDY PALACIOS MARTINEZ, el 10 de agosto de 1979; y ROBINSON PALACIOS MARTINEZ, el 10 de julio de 1981.

“3o.— El señor FREDY PALACIOS RIVERA era un honrado trabajador que se dedicaba a la construcción, habiéndose desempeñado como trabajador de la Empresa CIDELPA de Cali por espacio de 5 años y siendo propietario de un establecimiento público de cantina y juegos de sapo y tejo en el Barrio Nueva Floresta de la ciudad de Cali en donde residía en la Carrera 27 No. 50-37 en compañía de sus hijos y su compañera permanente, teniendo entradas económicas mensuales aproximadas a los \$20.000 en promedio, dineros que en su totalidad destinaba para su propio sostenimiento, el de su compañera y sus dos hijos.

“4o.— En la noche del 13 de noviembre de 1983 el señor FREDDY PALACIOS RIVERA se había dedicado a tomarse algunos licores

con algunos amigos con el ánimo de divertirse un poco, amigos entre los cuales se contaba CARLOS REBOYEDO o ROBAYO, habiéndolo llegado a su casa de habitación en compañía del mencionado hacia las 10 de la noche.

“5o.— El tono que usaba para hablar PALACIOS Y ROBLEDO o ROBAYO era un poco alto en razón del licor ingerido, lo que llenó de temor a la señora MARIA INES URBANO, madre de la compañera de PALACIOS RIVERA, quien es una persona demasiado nerviosa, por lo cual ésta optó por ir al Puesto de Policía que funciona en el Barrio Nueva Floresta para que intervinieran en caso necesario y evitaran que el compañero de su hija saliese de nuevo a la calle.

“6o.— Pocos minutos después de lo anterior se hicieron presentes a la puerta de la casa de la Carrera 27 No. 50-37 el Agente de la Policía Nacional EDGAR TABARES en compañía de otro uniformado cuyo nombre desconozco, y sacando aquel su revólver de dotación oficial le intimó prisión a FREDY PALACIOS RIVERA, sin que ningún motivo hubiese para ello, máxime cuando su suegra de hecho, MARIA INES URBANO le advirtió a los policías que ya su presencia no era necesaria porque los ánimos estaban calmados, lo cual no fué suficiente para que el Agente EDGAR TABARES en actitud de energúmeno amenazara a PALACIOS de entrar a la casa y llevárselo a la fuerza si él no salía.

“7o.— Estando en su propio hogar el señor FREDY PALACIOS RIVERA se abstuvo de cumplir los caprichos del Agente EDGAR TABARES puesto que ningún motivo legal había para ello y desde ya calculaba el trato agresivo y cruel de que sería objeto si era llevado en calidad de retenido, lo cual enfureció más al uniformado quien, cometiendo violación de domicilio, penetró varios pasos al interior de la casa y al situarse a unos 3 metros de distancia de FREDY PALACIOS le disparó con su revólver de dotación oficial ocasionándole una grave herida en el abdomen que de inmediato le produjo la muerte, y sin que hubiese ningún motivo para que el Agente hubiese actuado en esa forma criminal como lo hizo.

“8o.— Indiscutiblemente se produjo una grave falla en el servicio por parte de la Policía Nacional y, por ende, de LA NACION, al proceder el Agente EDGAR TABARES como lo hizo, al dar muerte en forma injustificada a un ciudadano, máxime si se tiene en cuenta que para cometer el acto delictuoso incurrió en otro ilícito que lesionaba la inviolabilidad del domicilio. El Agente al no estar frente a un hecho de flagrancia ni cuasiflagrancia, mal podía disponer la prisión del Sr. FREDY PALACIOS, puesto que con ello incurría, por otro lado, en abuso de autoridad o detención arbitraria.

“9o.— Las anteriores fallas en el servicio ha producido graves perjuicios, tanto morales como materiales, en todos y cada uno de los demandantes, en su calidad de compañera permanente la señora MARIA DOLORES MARTINEZ, y de descendientes los menores HARRINSON FREDDY Y ROBINSON PALACIOS MARTINEZ, quienes están facultados para exigir del Estado la indemnización correspondiente, motivo por el cual me han conferido poder suficiente para demandar a LA NACION”. (Fols. 7, 8 y 9).

3o.— Actuación procesal

Notificado el Director General de la Policía Nacional del auto admisorio de la demanda, dicha Institución solicitó la práctica de algunas pruebas (f. 24), las cuales junto con las pedidas por la parte actora, fueron decretadas por auto de folios 28 a 30. Se recaudaron varios de los testimonios solicitados y se produjo una experticia sobre perjuicios (fl. 112) la cual fue objetada por la parte actora. (fl. 123).

Agotado el término probatorio, se dió traslado del proceso para que las partes alegaran de bien probado, como en efecto lo hicieron, la actora en escrito de folios 165 a 171 y la demandada en memorial visible a folios 172 a 174. Aquella considera que se dan los elementos constitutivos de la responsabilidad extracontractual; falla del servicio, daño que afecta intereses particulares y relación de causalidad entre la falla y el daño, lo cual le permite impetrar una decisión favorable a las pretensiones de la demanda. La institución policiva para fundamentar su defensa, alega culpa de la víctima, “cuya conducta agresiva dió origen a que se configurara la LEGITIMA DEFENSA por parte del Policía ...”, y provocó el sobreseimiento definitivo decretado en favor del policia incriminado. Como conclusión impetra la exoneración de responsabilidad del Estado. El agente del Ministerio Público ante el Tribunal, conceptuó que sí hubo falla en el servicio “por cuanto no era necesario que el agente hubiera usado el arma para causar la muerte pues no había proporción entre el ataque y el arma que se menciona (botella despicaada) y la defensa que utilizó un revólver”. Se pronunció favorablemente a las peticiones de la demanda.

4o.— La sentencia apelada

En providencia visible a folios 187 a 199, el Tribunal Administrativo del Valle declaró la responsabilidad de la administración y condenó al pago de los perjuicios morales y materiales, en la forma relacionada al inicio de esta providencia.

Para arribar a esa decisión el *a-quo* concedió pleno valor probatorio a los testimonios recaudados en este proceso, o sea, los de María Inés Urbano

de Martínez (Fol. 47 y 47), Asened Grizales (Fols. 48 y 49) y Ruby Rodríguez de Aguirre (Fol. 93). Consecuencialmente estimó “improcedente, precipitado, irreflexivo” el proceder del agente policial Fernando Tabares Orozco al disparar contra Freddy Palacios quien “se encontraba embriagado, sin arma alguna, lo cual exigía un comportamiento de parte de la autoridad distinto al realizado. Para cumplir con los deberes propios de su misión, se les da a los Agentes una formación especial, orientada a la defensa de la vida, honra y bienes de los ciudadanos. A esa formación debió responder el representante de la autoridad, y no lo hizo”.

De igual manera dió el Tribunal por demostrado que Freddy Palacios Rivera y María Dolores Martínez “vivían en unión libre y en su concurrir público y privado se daban trato de compañeros permanentes”, y procrearon dos hijos: Harrinson Freddy Palacios Martínez y Robinson Palacios Martínez. Para efectos de calcular los perjuicios materiales consideró el Tribunal que “se tiene, por estar probado, como ingreso económico mensual de Freddy Palacios Rivera, la suma de (\$20.000.00)”, sobre la cual procede a liquidar los perjuicios materiales en favor de los demandantes.

La parte actora, recurrió en apelación de la sentencia porque a los hijos menores apenas les fueron reconocidos perjuicios morales en equivalencia en pesos a 500 gramos de oro; porque el precio de oro que certifique el Banco de la República debe hacerse para la fecha de ejecutoria de la sentencia de segunda instancia y, porque para liquidar en concreto los perjuicios materiales se tomó el índice de precios al consumidor vigente en noviembre de 1984 y nó el de noviembre de 1983, así como el índice final debía tomarse en agosto de 1990 y no el de diciembre de 1988 como se hizo en la sentencia recurrida.

En la segunda instancia las partes guardaron silencio y sólo conceptuó la señora Fiscal Octava (Fols. 211 a 217), quien encontró demostrada la falla en el servicio y los demás elementos configurativos de la responsabilidad estatal. Se muestra de acuerdo con el monto de los perjuicios morales liquidados a los menores hijos de la víctima porque “el agravio moral sufrido por la madre es superior al experimentado por sus menores hijos...”. En relación con los perjuicios materiales estima que le cabe razón al recurrente.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Sea lo primero advertir que la sentencia recurrida habrá de modificarse, por cuanto la Sala no comparte en su integridad los razonamientos y conclusiones consignados en la misma. En efecto:

En el proceso no aparece suficientemente acreditada la responsabilidad exclusiva de la Administración por el deceso violento de Freddy Palacios. Ciertamente la prueba que sobre el particular se recaudó no es suficiente y,

por el contrario, permite considerar que la víctima participó activamente con su comportamiento en la realización de su trágico final.

No se trata, como se dice en el fallo recurrido, que “los testimonios recaudados no dejan duda respecto al proceder imprudente, precipitado, irreflexivo del Agente FERNANDO TABARES OROZCO”, porque la escueta realidad procesal enseña que tal proceder no está debidamente comprobado con los testimonios recaudados en este proceso, de los cuales, sin el menor esfuerzo crítico, el *a-quo* concluyó en el fallo condenatorio apelado.

Para la Sala, las declaraciones de María Inés Urbano de Martínez (Fls. 46-47), Asened Grisales (Fls. 48-49) y Ruby Rodríguez de Aguirre (Fl. 93), no constituyen prueba suficiente para atribuir en forma exclusiva al Agente Tabares Orozco la causa de la muerte de Palacios Rivera.

Del examen detenido del dicho de la testigo Ruby Rodríguez, quien “estaba dormida” y cuando se levantó “ya un policía estaba dentro de la casa y le decía a Freddy “Quíñeme, Quíñeme” porque al policial no le gustó que ellos dos alegaran, Freddy y la señora. Fue cuando el policía sacó el revólver y le disparó...”, se hace imposible concluir en la responsabilidad del agente policial, por cuanto, de una parte el Magistrado que recepcionó el testimonio no interrogó con diligencia a la declarante y, de otra, ella en su versión no detalla con claridad lo sucedido, y sí, por el contrario, coloca por ejemplo en boca del policial, las expresiones que los otros testigos atribuyen a la víctima. Tampoco encuentra respaldo este testimonio cuando presenta al policial molesto porque la víctima y su compañera alegaron, cuando ninguno otro de los presenciales informa sobre tal alegato o discusión, por lo menos en el instante en que llegaron los policías a la casa donde sucedió el incidente.

De la otra testigo, Asened Grisales, advierte la Sala que no pudo captar lo ocurrido, si se atiende a sus expresiones “*oí el disparo, salí y me asomé, y ya Freddy estaba en el suelo...*”, de donde resulta evidente que *no vio* cómo se desarrollaron los hechos y, por consiguiente, su declaración ningún aporte significativo ofrece para establecer la responsabilidad del agente Tabares Orozco.

La tercera declarante, María Inés Urbano de Martínez, madre de la compañera del occiso, tampoco se constituye en ejemplo de seriedad y verdad como testigo. Ella, que conoció mejor lo sucedido, es quien más confusión procesal aporta al expediente, sobre todo cuando relata el desarrollo culminante del trágico momento.

Es suficiente comparar las versiones que hay en el proceso para concluir que su testimonio es mentiroso, variable, parcializado y legalmente cuestionable. En los siguientes apartes de cada una de sus intervenciones surgen,

SECCION TERCERA

sin comentarios adicionales, las razones para no otorgarle crédito alguno al relato, o relatos, que hizo del insuceso. Se advierte, desde luego, que la alusión a las pruebas del proceso penal y a las exposiciones ante el F-2 se hace sin desconocer la relativa demostración de las mismas en este proceso, pero de todos modos reconociéndoles por lo menos, la fuerza indiciaria que a esas pruebas se les ha atribuído como medio de referencia.

Esta fué su declaración en el proceso rendida el 5 de agosto de 1986, casi tres años después del incidente:

“El señor Fredy venía borracho, él me tocó la puerta de mi casa, yo le dije que no se la abría porque venía borracho, entonces al mismo instante, como la (sic) media hora, se tiró por la tapia de mi casa, y ya él empezó a alegar ahí dentro de mi casa, entonces el otro yerno, le dijo que no alegara, que se calmara y que ahora salían a tomar afuera; él le dijo al otro yerno que quería una cerveza y le dijo que ahora yo se la doy, entonces se la dió; yo ya había (sic) a traer la policía; llegó la policía, y él estaba más calmado; entonces yo le dije a la policía que entrara però con calma, entonces entró la policía y el finado dijo —yo no salgo de aquí, porque yo no he hecho nada— y además estoy en mi casa; entonces le dijo que aun cuando me quíñe yo no salgo de aquí; entonces fijo el policía, eso es lo que uno se trae, a quiñar o a que lo quíñen; entonces el finado le dijo, pues si puede quíñeme y sáqueme, y entonces se fué saliendo para afuera, cuando iba de frente cuando *oi* el tiro, ellos no salieron de la casa. El finado tenía una botella y cayó muerto con ella en la mano, la botella no se despicó. Cuando yo salí, la policía estaba levantándolo, y dijo que el finado lo había tirado al suelo, lo que era mentira, el policía era el que estaba encima del finado... No, él no cargaba arma al momento de llegar la policía. El no atacó al agente de la policía, sólo le dijo que si quería quíñarle, que le quíñara...”. (Fol. 46).

Esta fué su versión fundamentada en la Comisaría Oriental de Cali, dos horas después del insuceso:

“Como digo, Fredy se subió por la tapia entrándose a mi casa armado de un cuchillo con el fin de agredirnos a mi familia entera. Primero, fué a las 11:00 de la noche del día de ayer y tocó la puerta, —como no la abrí me escupió la cara y se fue, para luego entrarse por el techo. Al ver que este señor estaba armado con un cuchillo mandé a pedir protección a la Policía a la Estación de la Nueva Floresta, con Luis Alfonso Hernández mi nieta y a Mariana N. quien vive con un nieto mío, la Policía dizque le dijo a mi nieto y a Marina que si el problema era de marido y mujer ellos no iban porque era un problema meterse en esos asuntos, más sin embargo mi nieto le dijo a los Policías que por favor fueran que era que Fredy Palacios se había subido por el techo y estaba armado, además el había violado el domicilio mío. Se hicieron presentes dos

Agentes de Policía Tabares Orozco Fernando y Arango Armeida Oscar, ellos me preguntaron que si yo era la dueña de la casa a lo cual le respondí que sí, el Agente Tabares Orozco Fernando me preguntó que si Fredy vivía allí a lo cual le respondí que no, que ya se había metido una vez y que había salido nuevamente además se había subido por el techo, que me hicieran el grande (sic) de entrar y sacarlo para que su problema lo arreglaran otro día. Ellos haciéndome el favor entraron y él al ver la policía con una botella despicada dijo estas palabras: al primer tombo que vea que entre me lo llevo con esta botella, el Agente Tabares contestó: pues yo ya entré para eso vengo, seguidamente Fredy Palacios armado de una botella en la mano despicada se le fue al Agente de Policía, el Agente retrocedió para esquivar el lance de la persona que nombró, el Agente en la retrocedida cayó al suelo y Fredy aprovechó para tirarse armado de la botella encima de él a lo cual el Agente Tabares Fernando en defensa propia de él tuvo que sacar el revólver y accionarlo hiriendo en la parte abdominal creo yo. Los Agentes luego de esto y después de trasladar a Fredy al Hospital Departamental se quedaron en mi casa y se comunicó con la Policía. Ahora en este momento que de la Comisaría se comunicaron con el Hospital me manifiestan que Fredy Palacios falleció a consecuencia del disparo, por esto ahora más que todo vuelvo a rectificarles a ustedes que el Agente disparó en defensa propia, porque si él no lo hubiera hecho Fredy lo había matado a él, o antes de esto a mi hija pues él iba también armado de un cuchillo, el cuchillo lo tiraron al techo de la casa.

No pedimos nada en contra del Agente...". (Cdn. 3).

Así expuso ante la Oficina del Grupo de Sangre del F-2, al día siguiente del trágico hecho:

"... y cuando yo lo ví parado en la puerta llegó furioso con un cuchillo y dijo que si no salía por las buenas salía por las malas pero que él se la iba a llevar, entonces yo de ver eso mandé a llamar a la Policía, entonces fueron dos Agentes cuando yo sentí la ue (sic) llegó la Policía les abrí y los hice entrar, cuando él los vio, dijo: EL PRIMER TOMBO QUE DENTRE ME LO LLEVO, entonces se vino con un pico de botella y se abalanzó contra el Agente entonces el Señor Agente se vió en la obligación de hacer uso del arma y le disparó, entonces él cayó... El sí primero estaba armado de un cuchillo, pero cuando los Agentes llegaron ya se lo habían quitado allí mismo en la casa, y como él se estaba tomando una cerveza entonces cuando vió a los Agentes de inmediato despicó la botella y se abalanzó contra ellos...". (Fols. 16 y 17 C. 3).

Como se advirtió, de la simple lectura de las intervenciones de la declarante de marras, se impone concluir que tal declaración no ofrece motivos serios de credibilidad, como para fundamentar un fallo condenatorio como el

SECCION TERCERA

que ahora ocupó la atención de la Sala. Agréguese a lo anterior que en la propia diligencia de levantamiento del cadáver se anexó "la botella despicada conque el occiso atacó al Agente de Policía". También obran en el proceso las copias de las sentencias de primera y segunda instancia de la justicia Penal Militar mediante las cuales se sobreescribió definitivamente al agente Tabares Orozco por considerar que su actuación fue justificada por una legítima defensa. (Fols. 98 a 105 C. 1 y C. 3).

De los elementos probatorios antes referidos no era posible deducir, como lo hizo el Tribunal, que responsabilidad por la muerte de Fredy Palacios sólo se le puede atribuir al agente Tabares Orozco. La presentación de los hechos que hacen los demandantes no permiten establecer si la actuación del policía fué "imprudente, precipitado, irreflexivo", en cambio, a pesar del escaso material probatorio, resulta bastante probable que el occiso Palacios Rivera, con su comportamiento agresivo, violento e irrespetuoso de que hizo gala, provocara la reacción del policial que originó su fallecimiento.

Las expresiones groseras, agresivas y desafiantes de Palacios Rivera frente a los agentes del orden, quienes arribaron a la casa e ingresaron a la misma por llamado de su dueña, cuando se encontraban cumpliendo el turno de vigilancia que les correspondía, seguramente originó la reacción del policial. Esa provocación verbal y de hecho, dadas las dudas que obran en autos, si bien no es suficiente para exonerar de responsabilidad patrimonial a la Policía Nacional, en su totalidad, sí lo es para atenuarla, por lo menos en la mitad, dada, se repite, la participación inicial de la víctima en los hechos.

Se da entonces, en este evento, la exculpación parcial del ente oficial por culpa de la víctima, quien con su comportamiento contribuyó al resultado final y en concausa con la actuación administrativa, lo cual origina una compensación indemnizatoria, conforme se consagra en el artículo 2357 del Código Civil cuando establece, en principio aplicable a la responsabilidad del estado, que "la apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente", circunstancia que la Sala declarará para modificar la sentencia recurrida, dado que también conoce de ella en grado de consulta.

Ahora bien, del caudal probatorio recaudado y analizado por la Sala, no se puede concluir absolutamente que la actuación policial fué irreprochable administrativamente, así lo haya sido penalmente con relación al agente. No hay lugar en este caso a confundir la responsabilidad penal por los delitos o las culpas, con la responsabilidad patrimonial generada en la falla de la administración.

Sin desconocer que el actuar del agente Tabares Orozco fue impulsado por la sorpresa de sentirse agredido, de todas formas su conducta sin duda fue precipitada e imprudente, al pretender él sólo enfrentarse al occiso

cuando éste se encontraba armado de una botella y luego al utilizar el arma para dominar a Palacios Rivera. No se trataba, como seguramente lo entendió el policial, de imponer su autoridad con violencia desproporcionada, sin respetar las normas de atención y comportamiento en este tipo de situaciones, y con olvido de las consecuencias funestas de sus actos. El momento mismo que se vivía, la advertencia de que parcialmente el occiso se había calmado y no se encontraba armado cuando llegaron los policías a la casa, la posibilidad de utilizar medios diferentes a dispararle en zona vital y la circunstancia de ser dos los agentes que actuaban, llevan a la Sala a concluir que en el caso examinado sí se dió la falla del servicio, aunque provocada o coadyuvada por la víctima.

Con relación a los perjuicios de orden material reconocidos por el Tribunal, sin determinar en qué proporción los percibirían cada uno de los demandantes, la Sala considera pertinente hacer las siguientes apreciaciones:

De las declaraciones recaudadas en este proceso se infiere que el occiso y la demandante María Dolores Martínez compartían normalmente la misma residencia, en compañía de sus hijos Harrinson Freddy Palacios y Robinson Palacios Martínez, a quienes la víctima brindaba su apoyo y compañía, reflejando que entre la pareja aludida se daban las condiciones de un concubinato, razón por la cual procede dividir el valor asignado como indemnización entre la madre y sus hijos menores, con aplicación de la "ley del diviendo", esto es, por cabezas y en proporciones iguales para cada uno, como más adelante se habrá de concretar.

Estima la Sala que legalmente no le corresponde calificar si se da o no una supuesta unión marital de hecho, toda vez que esa decisión compete a los jueces de familia, al tenor de lo previsto en la ley 54 de 1990 y en el Código de Procedimiento Civil, sin que lo anterior impida observar el comportamiento sociológico llevado a cabo entre Fredy Palacios y María Dolores Martínez, para inferir de tal comportamiento el interés jurídico y económico que le asiste a la demandante en su pretensión de ser indemnizada, por cuanto la decisión que aquí se toma no trasciende los límites de este proceso.

Es evidente que María Dolores Martínez estuvo atenta al cuidado y asistencia de los hijos procreados con el occiso, por lo que se vió privada y limitada para conseguir ingresos económicos independientes, razón que la llevó a depender y subsistir con el apoyo patrimonial que le brindaba el padre de sus hijos, ante cuya ausencia definitiva quedó pecuniariamente afectada, ante la falta de otros medios o ingresos para subsistir.

En vista de lo anterior y para que María Dolores Martínez no quede desprotegida del respaldo económico que le brindaba el occiso a ella y a sus hijos, en proporción desconocida procesalmente, se deberá dividir el ingreso mensual entre los beneficiarios aquí aceptados, por partes iguales; en forma

SECCION TERCERA

tal que a cada uno de los hijos y a la madre de éstos, les corresponde una tercera parte del valor indemnizatorio.

Como la indemnización de orden material que se reconoce a la demandante resulta del cuidado y exclusiva dedicación que le prestaba al occiso y a sus hijos, tal reconocimiento sólo tendrá vigencia hasta cuando el menor de estos rribe a la mayor edad, época para la cual se presume que no requiere del apoyo y sostén de su progenitora. Reitera la Sala en esta oportunidad el criterio consignado en un caso similar fallado el primero de octubre de 1991, en el proceso No. 6510, de María Emma Benavides y Otros con pónencia del Consejero Daniel Suárez Hernández.

Con relación a los perjuicios morales, reconocidos en equivalencia a 1.000 gramos de oro para María Dolores Martínez en su condición de compañera de la víctima, la Sala no encontraría reparo alguno por hacer. No sucede igual con el equivalente en pesos a 500 gramos de oro, reconocidos a los hijos menores del occiso, pues respecto de ellos jurisprudencialmente se tiene establecido el derecho de indemnización por perjuicio moral hasta el equivalente en pesos a 1.000 gramos de oro, sin que sea de aceptación la tesis de que por tratarse de menores, no resultan afectados moralmente con la misma intensidad y con los mismos efectos de los mayores. Se modificará en tal sentido la sentencia apelada, en virtud de que la responsabilidad se atenúa en un 50%; en esta misma proporción se disminuye el valor de la condena para tales perjuicios morales que se reconocerán para todos los demandantes.

Para efectos de calcular los perjuicios de orden material, la Sala encuentra demostrada la actividad laboral de Freddy Palacios. Sin embargo, la información procesal sobre sus ingresos es muy vaga e imprecisa, pues los datos oscilan entre \$3.000, \$20.000 y \$30.000, sin sustento explicativo alguno. Por tal razón, a contrario de la estimación que hizo el *a-quo* de \$20.000, se tomará como base económica el monto del salario mínimo legal que para el año 1983, conforme al Decreto No. 3713 de 1982 era de \$9.261.00 mensual. El reconocimiento de estos perjuicios se hará en favor de María Dolores Martínez y de los menores Harrinson Freddy y Robinson Palacios, en la forma y proporción anteriormente señaladas y con la atenuación porcentual a que antes se hizo mención.

Considera la Sala que la condena por perjuicios materiales puede hacerse en concreto, de acuerdo con la siguiente información que obra en el expediente:

| | |
|-------------------------|-----------------------------------|
| Nombre del Occiso: | FREDDY PALACIOS RIVERA |
| Fecha de nacimiento: | 1o. de enero de 1955 (Fol. 4). |
| Fecha de fallecimiento: | 14 de noviembre de 1983 (Fol. 5). |

| | |
|---|------------------------------------|
| Supervivencia: | 45.3 años – 543 meses. |
| Nombre de la compañera: | María Dolores Martínez |
| Nombre de hijo: | Harrinson Freddy Palacios Martínez |
| Fecha de nacimiento: | 10 de agosto de 1979 (Fol. 2) |
| Mayoría de edad: | 10 de agosto de 1997 |
| Lapso entre el hecho dañoso y la mayoría de edad: | 13 años 9 meses (165 meses). |
| Nombre de hijo: | Robinson Palacios Martínez |
| Fecha de nacimiento: | 10 de julio de 1981 (Fol. 3) |
| Mayoría de edad: | 10 de julio de 1999 |
| Lapso entre el hecho dañoso y la mayoría de edad: | 15 años 8 meses |
| Fecha de la sentencia: | Noviembre 28 de 1991 |
| Tiempo transcurrido entre el hecho dañoso y la sentencia: | 8 años (96 meses) |
| Salario mínimo legal: | \$9.261.00 |
| 75% sostenimiento familiar: | \$6.945.75 |
| Corresponde a cada demandante: | \$2.315.25 |
| Índice inicial (noviembre de 1983): | 36.21 |
| Índice final: | (Noviembre de 1991): 205.59 |
| Renta mensual actualizada: | \$39.435.97 |

Conocidos los índices de precios al consumidor para la fecha del insuceso (noviembre de 1983) de 36.21 y el de la fecha de esta sentencia suministrado y publicitado directamente por el DANE en 205.59, se procede a la actualización de la renta o ingreso mensual mediante la aplicación de la fórmula $Ra = S \frac{\text{Ind. Final}}{\text{Ind. Inicial}}$; donde S, es el valor histórico que se va a

actualizar \$6.945.75); Ra, es la renta actualizada; Índice Fi: el que corresponde a noviembre de 1991 (205.59) e Índice Inicial el vigente a la fecha de los hechos (36.21).

$$Ra = 6.945.75 \frac{205.59}{36.21} = 39.435.97$$

Se tomarán en cuenta dos períodos: el de indemnización vencida que comprende desde la fecha del evento dañoso (14 de noviembre de 1983), hasta la fecha de esta providencia (noviembre 28 de 1991), es decir, 8 años (96 meses). El segundo período comprende desde el 28 de noviembre de 1991, hasta la mayoría de edad de cada uno de los hijos.

SECCION TERCERA

Indemnización vencida:

Se aplica la fórmula: $S = Ra \frac{(1 + i)^n - 1}{i}$; donde:

S, es la suma buscada; i, es el interés de 0.004867 mensual; Ra, es la renta actualizada (\$39.435.97); n, corresponde al número de meses transcurridos entre el hecho dañoso y la sentencia (96 meses).

$$S = 39.435.97 \frac{(1 + 0.004867)^{96} - 1}{0.004867} = 121.9979953$$

$$S = 39.435.97 \times 121.9979953 = 4.811.110.18$$

Correspondería a cada demandante: 1.603.703.39

Indemnización Futura:

Para María Dolores Martínez

Se cuenta desde el 28 de noviembre de 1991, hasta cuando su hijo menor Robinson Palacios M. llegue a la mayoría de edad. (10 de julio de 1999), para un total de 91 meses.

Se aplica la fórmula: $S = Ra \frac{(1 + i)^n - 1}{i(1 + i)^n}$; donde:

S, es la suma que se busca; Ra, es el ingreso o renta mensual \$13.145.32; i, es el interés mensual (0.004867); n, es el número de meses entre la sentencia y la mayoría de edad del hijo menor (91 meses).

$$S = 13.145.32 \frac{(1 + 0.004867)^{91} - 1}{0.004867 (1 + 0.004867)^{91}} = 964.592.68$$

Valor indemnización futura \$964.592.68

Para Harrinson Freddy Palacios Martínez

Se aplica la misma fórmula anterior, así:

$$S = 13.145.32 \frac{(1 + 0.004867)^{68} - 1}{0.004867 (1 + 0.004867)^{68}} = 759.458.70$$

Valor indemnización futura: \$759.458.70

Para Robinson Palacios Martínez

Se aplica la misma fórmula y como coincide con las cifras y términos utilizados en la liquidación de su progenitora, en cuanto por ser el hijo menor cumple su mayoría de edad el 10 de julio de 1999, le corresponde una indemnización futura de \$964.592.68.

Ahora bien, como la responsabilidad patrimonial del Estado en el presente caso se atenúa en un cincuenta por ciento (50%), las sumas que en definitiva les corresponderán a cada uno de los demandantes serán: Para María Dolores Martínez \$1.284.148.03, para Harrinson Freddy Palacios Martínez \$1.181.581.04 y para Robinson Palacios Martínez \$1.284.148.03.

En mérito de lo expuesto, parcialmente de acuerdo con la Fiscalía Octava, 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: Modificar la sentencia apelada, esto es, la de 17 de septiembre de 1990 proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, Sección Primera, la cual quedará así:

1o. Declárase a la Nación – Policía Nacional patrimonialmente responsable por la muerte de Freddy Palacios Rivera, ocurrida el 13 de noviembre de 1983 en el perímetro urbano de la ciudad de Cali.

2o.— Como consecuencia de la anterior declaración condénase a la Nación – Policía Nacional a pagar a María Dolores Martínez y a sus menores hijos Harrinson Freddy Palacios Martínez y Robinson Palacios Martínez, o a quien sus derechos represente, por concepto indemnizatorio de perjuicios morales el equivalente en pesos a 500 gramos de oro fino para cada uno de ellos, de acuerdo con el precio del oro que para la fecha de ejecutoria de este fallo, certifique el Banco de la República. La certificación la allegarán los interesados junto con la respectiva cuenta de cobro.

3o. Como consecuencia de la primera declaración, condénase a la Nación – Policía Nacional a pagar como indemnización por los perjuicios materiales ocasionados a María Dolores Martínez la suma de un millón doscientos ochenta y cuatro mil ciento cuarenta y ocho pesos con 03/100 (\$1.284.148.03); a su menor hijo Harrinson Freddy Palacios Martínez, o a quien sus derechos represente, la cantidad de un millón ciento ochenta y un mil quinientos ochenta y un pesos con 04/100 (\$1.181.581.04) y a su hijo menor Robinson Palacios Martínez, o a quien sus derechos represente la

SECCION TERCERA

suma de un millón doscientos ochenta y cuatro mil ciento cuarenta y ocho pesos con 03/100 (\$1.284.148.03).

4o.— Niéganse las demás pretensiones.

SEGUNDO: Dése cumplimiento a los artículos 176 y 177 del C.C.A.

COPIESE, NOTIFIQUESE, CUMPLASE Y DEVUELVA.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha, veintiocho (28) de noviembre de mil novecientos noventa y uno (1991).

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

CULPA DE LA VICTIMA—Imprudencia/FUERZA MAYOR—Imprudencia/DERECHOS DEL NIÑO

La circunstancia de que el Departamento no hubiese podido terminar las obras por falta de presupuesto, no tiene el universo de la fuerza mayor, que libera de responsabilidad. De otro lado, no cabe hablar de culpa del menor, pues para el momento de la tragedia no tenía diez años de edad, no siendo entonces responsables de delito o culpa, por mandato del artículo 2346 del C.C. Ignora el fallador si hubo culpa de los padres del niño, pues no fueron vinculados al proceso. Aún si en gracia de discusión se abriera la posibilidad de que el menor fuera capaz de cometer culpa, con la filosofía del absurdo no se puede valorar la realidad fáctica que permite a los niños jugar, saltar, pescar o circular libremente por el espacio público. La nueva Constitución en su artículo 44 preceptúa los derechos fundamentales de los niños y señala que prevalecen sobre los derechos de los demás.

DAÑO ANTIJURIDICO

El Departamento, al ordenar la construcción de una obra en la cual quedó faltando un lleno con el fin de cubrir un hueco de más de tres metros de profundidad, causó un daño antijurídico que genera responsabilidad patrimonial de la administración. REITERACION JURISPRUDENCIAL: Sent. de noviembre 22/91, exp. 6784, actora: Emilia Guido de Mazanett.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Santafé de Bogotá, D. C., noviembre veintiocho (28) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Doctor Julio César Uribe Acosta.*

Referencia: Expediente No. 6809. Actor: Rogelio Peña y María Gladys Restrepo Berrío. Demandado: Departamento de Risaralda.

- 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 veinticuatro (24) de mayo de mil novecientos noventa y uno (1991), proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda, que denegó las pretensiones de la demanda por las razones que en el referido proveído se precisan.

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 dentro del siguiente temperamento:

“Se procede a dictar sentencia en este juicio que incoaron los señores Rogelio Peña Zapata y María Gladys Restrepo Berrío, por conducto de apoderado, en ejercicio de la acción de Reparación Directa - indemnizaciones, contra el Departamento de Risaralda.

“Solicitaron se haga las siguientes declaraciones y condenas:

“1o.— El Departamento del Risaralda es administrativamente responsable de la totalidad de daños y perjuicios causados con la muerte del menor JORGE ANDRES PEÑA a los actores de este proceso señores ROGELIO PEÑA ZAPATA, MARIA GLADYS RESTREPO BERRIO y los menores OSCAR EDUARDO y MARIA FERNANDA PEÑA RESTREPO, representados por los primeros en su condición de padres legítimos”.

“2o.— Condénase al Departamento del Risaralda a pagar a los demandantes señores ROGELIO PEÑA ZAPATA, MARIA GLADYS RESTREPO BERRIO, los menores OSCAR EDUARDO y MARIA FERNANDA PEÑA RESTREPO representados por los primeros, nombrados en su condición de padres legítimos de los segundos los daños y perjuicios morales ocasionados con la muerte del menor JORGE ANDRES PEÑA RESTREPO por hechos ocurridos el día 25 de agosto de 1989 en el Barrio La Esneda del Municipio de Dosquebradas Departamento del Risaralda, por una omisión o falla del servicio al dejar irresponsablemente un hueco destapado que con las aguas lluvias se convirtió en un estanque o pozo, al construir los estribos de un puente en el referido barrio, que comunicará la Avenida del Río o carrera primera de

Pereira en dirección de la Calle 24 con el mencionado Barrio La Esneda del Municipio de Dosquebradas, obra aprobada, ejecutada y financiada por el Departamento del Risaralda por medio un contratista con interventoría, dirección y condiciones de ingeniería impuestas por el ente oficial (Departamento del Risaralda) como propietario y creador de la citada obra pública. Estos perjuicios se representan en el dolor, en la aflicción por la pérdida del ser querido, reflejado en las angustias presentes y futuras al afectarse un hogar por la desaparición del hijo y hermano mayor, pilar importante de la familia.

“Estos perjuicios se reclaman en la calidad de padres legítimos en el caso de Rogelio y María Gladys y de hermanos legítimos para los menores Oscar Eduardo y María Fernanda, representados por sus padres y actores de esta demanda, perjuicios de difícil estimación, presumidos por el Artículo 106 del Código Penal en la suma de MIL GRAMOS ORO FINO (1.000 gr.) para cada uno de los reclamantes, de conformidad con la certificación del Banco de la República, en la fecha de la presente sentencia”.

“Hechos.

“Como tales la demanda cita los siguientes:

“El día 25 de agosto de 1989 la víctima JORGE ANDRES PEÑA RESTREPO de siete años de edad acompañado de varios amigos se dedicó a jugar pescando renacuajos en la orilla de un pozo de aproximadamente tres (3) metros de profundidad, pereciendo por inmersión y ahogamiento en un hueco formado por aguas lluvias y pantano, construido por el ingeniero contratista del Departamento de Risaralda para levantar los cimientos del estribo de un puente situado cerca a la casa de habitación del fallecido menor

“El sitio que sirvió de escenario del infausto acontecimiento está equidistante de las residencias o casas de habitación del desaparecido JORGE ANDRES y sus amiguitos, siendo el único espacio libre donde pueden recrearse los menores de este barrio denominado La Esneda, ...

“El puente que dejó inconcluso el Gobierno de Risaralda y que posee el pozo que constituye una amenaza pública para los niños del sector se constituye en un foco de alto riesgo por estar situado frente a la Escuela Pública de la Esneda, centro aglutinador de niños en su periferia, deduciéndose una inmensa responsabilidad por parte de la Administración Departamental

“Solamente ahora después de sucedida la tragedia el Gobierno Departamental después de siete meses de paralización en la construcción

del Puente reinició labores, pero sin solucionar el problema de la trampa mortal que constituye el hueco de la base del estribo del puente en su parte norte

“La muerte de JORGE ANDRES PEÑA RESTREPO por lo narrado en los numerales anteriores se produjo como consecuencia del descuido u omisión del Gobierno Departamental al abrir un boquete o hueco y dejarlo permanentemente sin señalización y mallas de protección en un lugar densamente poblado por niños y transeuntes, lo que constituye una evidente falla del servicio o falla de la Administración de Risaralda por omisión en la construcción de una obra”

“

“CONSIDERACIONES:

“En la contestación de la demanda se propusieron las siguientes excepciones:

“Falta de legitimación en la causa e inimputabilidad a la Administración del presunto daño. Ellas no prosperan por cuanto el Departamento está legitimado en causa para iniciar contra él la demanda, ya que no se puede pactar cláusulas exonerativas de responsabilidad en materia extra-contractual.

“La compañía de Seguros llamada en garantía – Seguros Atlas S. A. se opuso a las pretensiones y además propuso la excepción de “ilegitimidad de las pretensiones del llamante en garantía respecto al monto que excede la suma asegurada”.

“Las pruebas. Testimonios:

“Nelson Aguirre Marín, Ingeniero Civil: “. . . es un contrato celebrado entre el Departamento de Risaralda y mi persona, cuyo objeto era la construcción de un estribo en el Barrio La Esneda, éste se ejecutó en forma normal de acuerdo a las especificaciones y requerimiento de tipo técnico hechas por el Departamento. *Una vez termina la ejecución de dicha obra y por orden del Sr. Interventor, se procedió a hacer un cerramiento provisional en guadua y alambre de púa, con el fin de evitar el acercamiento de personas aledañas al lugar donde se ejecutó la obra, ya que a ésta le quedaba faltando un lleno que debía hacerse posteriormente a la ejecución de unas aletas y que no correspondía en mi contrato hacerlo . . . Agregó que entre las personas mencionadas que se le advirtió el peligro, se encuentra el Departamento y fué por ello que ordenaron la construcción de dicho cerramiento y que a mi juicio fue ordenado *única y exclusivamente con el fin de evitar cualquier tipo de accidentes.* Preguntado: Dígame a la Sala si el cerramiento de que Ud.*

habló en esta declaración efectivamente fue construido? Contestó: Sí señor, efectivamente fue construido y fué una exigencia hecha por el señor *interventor para poder firmar el acta final de recibo de obra* . . . Los materiales en que se hizo el cerramiento, como dije anteriormente, eran postes de guadua, cercados con alambre de púa, las medidas cubrían en su totalidad el hueco que debía posteriormente ser rellenado con material . . . La entidad me ordenó ejecutar el cerramiento de las características antes anotadas, el cual fuera de proteger a las personas adyacentes al lugar, se construyó de *tal forma de que solamente violando su paso se podría llegar directamente* a las obras que allí se protegían, se hicieron recomendaciones a la señora Mariela, Presidente de la Junta de Acción Comunal de ese entonces, y a una serie de individuos que estuvieron muy atentos a la ejecución del trabajo, así como a los vecinos más próximos a este sector para que colaboraran alertando a la población de no acercarse a dicho lugar. Durante la ejecución de la obra se tomaron medidas preventivas, como el acordamiento de los accesos con mallas, alambres, postes en madera y vigilante continuo, retirando los niños y adolescentes que pululan en este sector". (Rayas de la Sala, fl. 120 y sgtes.).

"El Secretario de Obras Públicas del Departamento expresó en su declaración de fls. 124 fte. y siguientes, que algunos vecinos del Barrio lo visitaron y le dijeron sobre el riesgo que se podría correr si las obras no se terminaban; habiéndoles explicado las razones por las cuales no se podía culminar rápidamente las mismas.

"Julio César Roza M., Ingeniero Civil y Coordinador de la Obra de la Secretaría de Obras Públicas del Departamento: "Preguntado: Para la construcción del estribo del puente, se dejó un ""hueco"" que debió ser taponado o rellenado, con base en su experiencia quiere decirnos si este procedimiento sería viable conforme a las normas de la Ingeniería o de este tipo de obras? Contestó: Yo considero que no, porque la única forma sería que se tapara o mejor, *si se le echa material suelto pues el río se lo lleva*, por un lado, y por el otro, *se requiere mantener des-tapado para la continuidad de la estructura*. Preguntado: El hueco dejado para el estribo en cualquiera de sus partes, es sitio obligado de paso de los transeúntes del sector? Contestó: No, no es paso obligado". (fl. 133).

"Wilson Ramírez Ramírez, Ingeniero Interventor de Obras Públicas del Departamento: " ... Como se construyó el estribo, técnicamente se utiliza el dejar dos llaves en éste para anclar la aleta a ambos lados del estribo, si hubiéramos hecho el relleno y al estar desprotegido el estribo de aletas, que son las que en definitiva lo confinarían y teniendo en cuenta la gran pendiente y las enormes crecientes que presenta el río

Otún, cualquier relleno que se hubiera echado hubiera sido lavado por éste ... Como Interventor ordené al contratista cerrar con cerco de guada y alambre de púa la zona donde se comenzaría la excavación, y como iniciativa mía ordené a un obrero hacer una señal donde constara sobre un tablero de madera hombres trabajando, la cual cabe anotar, duró muy poco en el sitio donde fué colocada ... Si duró durante toda la construcción del primer tramo de la obra". (fl. 136).

"José María Alzate Valencia: "... y entonces que el Dr. dejó unos huecos, que dizque uno de los huecos quedaba al lado del río en el puente como de ocho metros yo he pasado por ahí a hacer mandados y he visto los huecos, cuando yo ví esos huecos no tenían cercos de ninguna clase, cuando yo pasaba no habían señales". (fl. 177).

"Anunciación De Las Nieves González de Rodríguez: "Preguntada: El pozo se encontraba cercado o en su defecto, existían señales de prevención? Contestó: Yo no me fijé en eso si tenía - no, no veía nada de eso, no recuerdo haber pasado por allí y haber visto señales de ""Pe-ligro"" o algo así". (fl. 178).

"América Giraldo Idárraga: "... ellos estaban junticos y cuando menos pensaron se fue a un hueco que ... como lo dijera ... eso era como un estancamiento de agua y el niño mío me cuenta que a él le cogió impulso el cuerpo y se fué abajo ... se amañaban ahí porque en ese hueco permanecía mucho renacuajo en ese lado lo que construía era un puente y esa obra no estaba terminada, eso no tenía seguridad ni nada y se demoraron mucho para hacer el puente ... y en el caso del niño pues le cogió ventaja el cuerpo y se ahogó y lo fué por el peligro que allí había por el hueco". (fl. 182).

"Isaura Zapata de Peña, abuela del niño fallecido: "... el niño se fue a recoger de esos renacuajos y el niño venía con los primeros que había sacado entonces un señor le dijo que botara eso que era veneno y él volvió y se metió allá al pozo y él estaba con un niñito y entonces el niño seguramente al agacharse se fué al pozo entonces el niño compañero vino a avisar ...". (fl. 183 vto.).

"María Francedy Pulgarín Londoño: "... yo no ví aviso de ninguna clase ... ese pozo quedaba entre el río y la calle porque el muro que pararon iba a un lado del río. Preguntada: Por qué se formó ese pozo? Contestó: El pozo se formó por ese muro que hicieron para la construcción del puente entonces dejaron ese hueco ahí". (fl. 186).

"María Gladys Restrepo Berrío, madre del menor fallecido, prueba trasladada del proceso penal: "... luego salió para el pozo con un amiguito y que mi hijo se fué allá ... si que mi hijo se había resbalado en una bolsa plástica que había allí".

“En el expediente obran además las siguientes pruebas:

“Registro de defunción del menor Jorge Andrés Peña Restrepo; registro civil de matrimonio de los padres del menor; registro civil de nacimiento del menor Oscar Eduardo Peña Restrepo y de María Fernanda Peña Restrepo.

“Fotocopia del Contrato No. 710 del 30 de diciembre de 1988, suscrito entre el Señor Gobernador del Departamento de Risaralda y el señor Nelson Aguirre, cuyo objeto era la construcción de “estribo LD AA sobre el río Otún. Barrio La Esneda. Valor \$9.952.992” (fl. 51 y sgtes.). Fecha de iniciación de la Obra: Enero 23 de 1989. Plazo: 48 días calendarios. Acta de recibo de Obra de marzo 10/89. Fotocopia del Contrato No. 217, suscrito entre el Señor Gobernador y Francisco E., Restrepo Jaramillo, por valor de \$11.097.090.20, de fecha 8 de junio de 1989, cuyo objeto era: Obras Complementarias Puente La Esneda – SOP – – 0350. Fotocopia del acta de necropsia del menor John Andrés Peña Restrepo.

“Los señores peritos expresaron: “ ... En el momento de la inspección se observó que existió un cerco de alambres de púas con postes de guadas, por cuanto éstos se encontraban dispersos en ese sitio y sin estar hincados y dichos postes tenían adheridos todavía el alambre púas ...”. Más adelante agregan que en el sitio de los acontecimientos se encontraron con los señores Carlos Alberto y Eliécer Betancur, residentes en dicho barrio, quienes les informaron que el cerco lo habían colocado en fecha posterior a la caída del niño.

“En aclaración al dictamen pericial dijeron los señores peritos: “PRE-GUNTA: Si el sitio exacto donde ocurrió el accidente era o no vía obligatoria de tránsito. RESPONDEMOS: A pesar de tratarse de uso público, no necesariamente dicho sitio exacto es vía obligatoria de tránsito” (fl. 203).

“En la demanda se hace énfasis en lo siguiente: “Como consecuencia de un hueco abierto para construir los estribos ..., que presuntamente por negligencia u omisión que constituye falla del servicio ...” (fl. 15). “Al dejar irresponsablemente un hueco destapado que con las aguas lluvias se convirtió en un estanque o pozo” (fl. 16). “Pereciendo, por inmersión y ahogamiento en un hueco formado por aguas lluvias y pantano”. (fl. 18)”. “Se produjo como consecuencia del descuido u omisión del Gobierno Departamental al abrir un boquete o hueco y dejarlo permanentemente sin señalización y mallas de protección ...”. (fl. 20). “No tapar un hueco profundo abierto con motivo de una obra pública, no sólo es conducta irregular sino falta de previsión ...”. (fl. 25 fte.) “... Hubo falla en el servicio, pues fué el Gobierno Departamental el

que por su omisión al dejar de tapar en el terreno ubicado al pie de un estribo del puente que construyó donde se formó un pozo de agua lluvia que nunca protegió con muro o malla de cerramiento dejando esta trampa peligrosa donde pereció el menor". (fl. 22 fte.).

"De acuerdo con lo anterior se nota claramente que en la demanda el argumento principal para la responsabilidad por falla del servicio se hace consistir en el hueco que se dejó después de la terminación de la primera parte del Puente sobre el río Otún y más propiamente en el Barrio La Esneda. Más adelante volveremos sobre este aspecto de la demanda.

"Bien conocidos, más no por ello dejaremos de enumerar los requisitos que se deben de presentar y demostrar para que la Administración Pública pueda ser declarada responsable por falla en el servicio. Ellos son: 1o. Falla o falta de la administración. 2o. Un daño 3o. Relación de causalidad entre el primero y el segundo.

"Seguidamente estudiaremos si ellos se dieron o no.

"Falla del servicio: Esta se presenta cuando la Administración estando en la obligación de prestar un servicio no lo hace, o lo hace irregularmente, con retardo o en forma ineficaz y como consecuencia de dicho proceder se causa un daño. Pues bien, recordemos que las obras correspondientes a la construcción del Puente del Barrio La Esneda se contrataron de acuerdo a las apropiaciones presupuestales por tramos; primero se contrató con el Ingeniero Nelson Aguirre Marín (Contrato No. 710) el cual fué celebrado el 30 de diciembre de 1988 por un valor de \$9.952.992.00; dichos trabajos se iniciaron el 23 de enero de 1989 y terminaron el 10 de marzo del mismo año; luego vino el procedimiento para la contratación del resto de las obras, se inició en mayo de ese año siguiendo en un todo lo ordenado en el Estatuto Contractual. Este nuevo contrato le fué adjudicado al Ingeniero Francisco Restrepo, legalizado el 8 de junio de 1989; se iniciaron trabajos el 17 de julio de 1989 y se finalizó el 29 de enero de 1990. La única interrupción entre una y otra obra obedeció al tiempo necesario para cumplir con los procedimientos contractuales para poder adjudicar el nuevo tramo de trabajo. Atrás transcribimos algunos de los apartes con los cuales el señor apoderado de la parte demandante fundamenta su solicitud de que existió falla del servicio del Departamento de Risaralda.

"Al respecto la Sala responde: El hueco tal como lo afirmó el Ingeniero Julio César Roza, Coordinador de obra de la Secretaría de Obras Públicas del Departamento, debía de permanecer abierto, o mejor destapado para la continuidad de la estructura y si se le echaba material suelto el río se lo llevaba. Por su parte, el ingeniero interventor expre-

só en su declaración rendida ante el Tribunal, que cualquier relleno que se hubiera hecho se lo hubiera llevado el río y que el procedimiento fué el correcto.

“Las anteriores afirmaciones hechas por personas dedicadas a dicha clase de oficio merecen para la Sala plena credibilidad, no sólo por proceder de profesionales de la Ingeniería, sino porque estas aseveraciones no fueron tachadas, ni desmentidas por la parte actora.

“Se tiene entonces que el “hueco” no se dejó sin rellenar por falta de cuidado de la Administración Departamental, sino porque necesariamente tenía que permanecer tal como lo dejaron. También se sostiene en la demanda que no se le colocaron avisos, ni mallas de protección, ni señalización. Sobre este cargo la Sala responde con las pruebas que existen en el proceso, las cuales fueron oportuna y legalmente traídas al mismo.

“El Ingeniero Nelson Aguirre Marín, a quien se le adjudicó la primera parte de la obra del Puente, dijo que por orden del señor Interventor se hizo un cerramiento provisional con guadua y alambre de púa para evitar que las personas se acercaran al sitio de la obra; que esta condición fué puesta para poder firmar el acta final de recibo de la misma, y advierte que el cerramiento se efectuó de tal manera que solamente violando su paso se podía llegar directamente a las obras. También se le advirtió a la señora Mariela, Presidente de la Junta de Acción Comunal del Barrio La Esneda y a otras personas para que no se acercaran a dicho lugar. (fl. 120). En forma parecida declaró el Ingeniero Interventor de la Obra, quien expresó que ordenó se hiciera un cerco de alambre y guadua. Agregó que también se colocó un aviso sobre un tablero que decía hombres trabajando, el cual duró poco porque se lo llevaron. Estas afirmaciones encuentran su respaldo en el dictamen de los peritos, que tal como ya se vió dejaron la constancia de que existió un cerco de alambre de púa y postes de guadua, además aparecen las correspondientes fotografías. Igualmente el Ingeniero Coordinador de la Obra, dijo que el hueco dejado para el “estribo” no era sitio obligado de paso para los transeúntes, lo mismo manifestaron los señores peritos en su ampliación del dictamen, el cual tiene plena validez, pues no fué objeto y además quienes lo rindieron son personas competentes en sus profesiones, fué preciso y fundamentado.

“En la demanda se dijo que el menor Jorge Andrés Peña Restrepo se “dedicó a jugar pescando renacuajos en la orilla de un pozo ...” (fl. 17). En la misma forma declaró la abuela, señora Ísaura Zapata, quien agrega que después de botar los primeros renacuajos que había cogido volvió y se metió al pozo, lo cual está corroborado por la señora América Giraldo (fl. 182), afirmando que su hijo estaba con Jorge Andrés Peña,

el niño que se ahogó, y le dijo que a su amiguito le había cogido ventaja el cuerpo y se fue al pozo. A estas circunstancias agregamos la declaración de la madre del niño fallecido, quien expuso que su hijo se había resbalado en una bolsa plástica. (fl. 216).

“Es de anotar que la jurisprudencia ha expresado que abrir y dejar huecos en las vías públicas con el peligro que dicha conducta implica para los transeúntes, puede dar origen a una falta del servicio, pero el hecho de abrir un hueco en un lugar que no es de obligatorio paso, el cual no se podía tapar por las razones expuestas por los ingenieros y además había sido cercado, es una situación muy diferente.

“En el fatal desenlace del caso estudiado jugó papel decisivo la conducta del menor. Ya se vió que la Administración había hecho lo correspondiente con el fin de evitar que se presentaran peligros para la comunidad, pero si a pesar de ello las cercas o avisos fueron destruidos o desaparecieron del lugar citado, no es culpa de la Administración, a menos que se haya demostrado que después de haber sucedido lo anterior, a ella se le hubiese informado y no hubiera actuado”. (folios 271 a 292 Cdno. No. 1).

— II —

SUSTENTACION DEL RECURSO

A folios 298 y siguientes del Cuaderno No. 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, para lo cual discurre dentro del siguiente universo:

“Motiva mi disenso del proveído impugnado, la negativa del sustanciador al desconocer las pretensiones del libelo demandatorio, con fundamento en los testimonios depuestos en el plenario por los ingenieros Nelson Aguirre (Contratista de la obra aludida en los hechos de la demanda), Julio César Rojo (Coordinador de la obra al servicio de la Secretaría de Obras Públicas del Departamento de Risaralda) y Wilson Ramírez Ramírez (Interventor de la obra al servicio de la Secretaría de Obras Públicas).

“Como vemos los testigos citados pertenecen o pertenecieron de una forma u otra a la administración departamental, que para el caso en litigio hace parte de la demandada.

“No ahorraron esfuerzos cada uno de los deponentes para proteger los intereses del departamento, al desconocer que el hueco o abertura que se ocasionó sobre el puente del Río Otún en el barrio La Esneda

del Municipio de Dosquebradas Risaralda, no permaneció de modo alguno cercado, enmallado o provisto de medidas de precaución. Fueron pues, contestes que sí hubo el cercamiento necesario para evitar una tragedia, o al menos, se dispusieron de señales preventivas para evitarla.

“Con las versiones reportadas por aquellos profesionales, es que arriba el *a-quo* indefectiblemente a la conclusión que el primer presupuesto que exige la ley (Falla o falta del servicio) para que se declare responsable a la administración pública, no se cumple en su sentir, para de ese modo no señalar responsabilidad en contra del administrador.

“Pasó de lado sí el sentenciador de primera instancia, las declaraciones de los testigos anunciados por la actora con la presentación de la demanda en el acápite de pruebas recepcionados varios de ellos por el Juzgado Civil Municipal de Dosquebradas, tales como José María Alzate Valencia, Anunciación de las Nieves González, América Giraldo Idárraga, Isaura Zapata de Peña y María Francedy Pulgarín Londoño.

“Ofreció pues, credibilidad los testimonios presentados por la demandada, más no los de la demandante, puesto que de ellos no hizo un análisis al menos breve de lo que representaba cada una de sus deponencias.

“La prueba testimonial se aprecia en conjunto y no en parte, como se deja ver en la decisión interpuesta.

“De acuerdo al estudio probatorio que los cultores del derecho idem han hecho o expuesto en sus disímiles obras, han concluído inexorablemente que entre un testigo que tenga una relación de Subordinación o dependencia, hay más afán de mentir en favor de su jefe o patrono, que aquel que no esté supeditado a otro. A la primera clase de testimonios los han nominado como testigos parcializados, restándoseles por tanto, valor a sus versiones.

“Quién más que los vecinos del sector donde ocurrieron los infaustos acontecimientos estaban suficientemente enterados de la negligencia del Departamento para prevenir un accidente. Afirmativa es, que mucho después de sucederse, cercaron el sitio común de la tragedia, quedando consiguientemente las huellas de lo que retardadamente hicieron, para servirles de pábulo este hecho a los declarantes de la administración, y afirmar ciegamente que sí habían hecho lo necesario para impedir un acto funesto. (sic)

“Obsérvense las declaraciones de las señoras América Giraldo Idárraga (F. 181 y ss.), Isaura Zapata de Peña (F. 183 y ss.) y María Francedy Pulgarín Londoño (F. 185 y 186). Son persistentes y afirmativos en que el lugar donde pereció el menor no estaba cerrado o provisto de

medidas o medios preventivos y que se demoraron aún después de fallecido para hacerlo.

“Las anteriores testificantes nos da con creces la razón, que existió de parte de la demandada una falla en el servicio por negligencia u omisión, tal como lo previene la jurisprudencia.

“Si a esto le sumamos lo consignado por los peritos en el experticio rendido sobre la inspección judicial practicada al sitio de los insucesos cuando agregaron que “en el sitio inspeccionado se encontraron los señores Carlos Alberto y Eliécer Betancurt, residentes en dicho barrio La Esneda y en la casa número 21, manzana 11 de la nomenclatura urbana de dicho barrio, los cuales informaron a los suscritos, que el cerco lo habían colocado en fecha posterior a la caída del niño en la excavación o hueco formado con motivo de la construcción del estribo y las aletas del puente. Que el relleno; para el acceso al puente y que actualmente se encuentra en ejecución, no existía en día de los hechos que originaron la presente demanda objeto de la Inspección Judicial. Los citados señores informaron además, que debido a la desprotección y a una falta de aviso e información de las obras que se adelantaba y a la existencia del hueco; que comprendía una gran área o extensión, los niños y los menores adultos, utilizaban el sitio como rampa de juegos e inclusive bajaban a pescar o sacar del agua estancada, animales llamados renacuajos, información que fué confirmada por la señora María Libia Cardona residenciada en la casa número 22, Manzana 11 del sector La Esneda, quien se encontraba presente al momento de la Inspección Judicial, además informó a los suscritos peritos, que ese día, un niño cuyo nombre no recordaba en esos instantes, solicitaba ayuda para un compañero suyo que se hallaba en las aguas estancadas y no podía salir, y fué así como salieron varias personas a socorrerlo y lo sacaron para ser trasladado a un centro hospitalario, donde falleció”.

“Dándose el hecho generador del daño, imputable al agente por razón del servicio, que cause un daño o lesión a uno o varios administrados, se configura la responsabilidad extracontractual estatal” (Gustavo Humberto Rodríguez, procesos contencioso administrativo, parte general, pág. 247).

“Para darle mayor crédito a las deposiciones de las citadas por la demandante, tenemos que se advirtió por la misma comunidad del sector sobre el peligro que representaba para sus moradores la abertura del hueco sobre el puente, prestándose “oídos sordos” al llamado de sus habitantes como suele ocurrir en nuestro irresponsable estado de derecho que infortunadamente nos encontramos. Para respaldar lo antes dicho, al Ingeniero Javier Castaño Mejía (folio 125), de su declaración dice: *“Una comisión del barrio advirtió sobre el riesgo que podría correrse por la no conclusión de las obras ...”*. (Subrayas mías).

“Ahora, se quiere centrar la discusión del objeto propio de la demanda en su contexto, en la dilatación de la terminación de las obras. No es este el punto pilar de la falla del servicio, sino en la de pretermitir cualquier medio asegurativo o preventivo, a fin de impedir un accidente.

“Puede ser aceptable en gracia de discusión que el “hueco” que se abrió no se podía rellenar, toda vez que en razón al caudal del río, se llevaba el material; pero, sí se podía disponer de otros mecanismos como habersele colocado una tapa bien en madera o en ferroconcreto o en metal, amén del cerramiento o enmallamiento al pozo o hueco. (sic).

“De qué otra manera se justifica que si estando el espacio referido cerrado, por qué iba a caer tan fácilmente el impúber a ese sitio? No tanto, como lo aprecian los ingenieros declarantes que prácticamente a mi entender se requiere inevitablemente de realizar cabriolas para llegar allí. Afirmaciones exageradas que no comulgan con la verdad real de lo que efectivamente sucedió por la época.

“Era apenas natural que los menores y adultos se arrimaban al “pozo de la muerte”, más que estos, aquellos que por estar estudiando como en el caso de Jorge Andrés, su escuela se encuentra cerca o adyacente al lugar del puente donde se construía la obra, para jugar no sólo él sino con sus compañeros a pescar renacuajos, ya que por el estancamiento de las aguas lluvias, se formaban esta clase de batracios, tal como lo acotara los peritos en su informe.

“No es más que una apreciación obtusa cuando se asevera que la culpa del accidente provino de la víctima primariamente y de sus progenitores. Exigirle a un menor, mejor, a un infante, prudencia y cuidado, no deja de ser algo desproporcionado, por cuanto, sería pedirle “peras al olmo”.

“Una tierna criatura como la víctima comprendiendo ciertos precederes de la vida, no alcanza a medir la dimensión del peligro, cuando de jugar se trata. Su afán es el de jugar sin precaver el riesgo que puede correr con dicha actitud. No es de suyo, llegar a comprender que es el peligro en el juego, pasa desapercibida la vida en él, sin llegarse a enterar de lo que realmente ocurre en su vida; tanto es así, que regularmente los niños dejan de percibir alimentos por estar jugando, siendo propiamente este su pan.

“Que no se venga aquí, a afirmar hechos que nunca ocurrieron, como los tachados por mendacer en el caso de los ingenieros que, participaron en la construcción de la obra, al decir ellos que se tomaron las medidas precautelativas que se disponen en esos eventos, cuando es más elocuente lo afirmado por los deponentes de la parte demandante, ya

que no sólo son moradores del sector, sino que apreciaron el peligro que se cernía sobre la misma comunidad con la abierta del famoso "hueco", sobre el puente del río Otún.

"Asimismo, de manera temeraria y ladina la abogada del Departamento para corear en favor de su representado el argumento respaldado por sus secuaces, al manifestar categóricamente que se tomaron las prevenciones del caso, al hacerse el cerramiento del pozo, y que así en las fotografías presentadas por la demandante, se puede apreciar "las guaguas que sirvieron de base para el cercamiento". Apreciación ésta que carece de veracidad, porque si se mira con mayor celo y responsabilidad las tomas fotográficas, se vislumbra sin lugar a equívocos, que aquel sitio en ningún momento anterior al deceso del infante no contenía dicho cercamiento o cerramiento de que hablan los testigos y apoderada de la demanda; no se confunda los postes de la luz del sector del barrio La Esneda, así como las aletas del puente, los palos, guaguas, etc. que los menores recogían para jugar sobre el pozo, y decir torticeramente que esos objetos figuran a su alrededor son las guaguas que evidencian un cercamiento.

"Así las cosas, presentándose el primer elemento que estructura la declaratoria de responsabilidad de la administración, esto es, la falta o falla del servicio, se avienen explicablemente los otros presupuestos, como son el daño y el nexo causal entre la falla y este último, para de este modo configurarse el típico caso de la responsabilidad civil extracontractual estatal".

- III -

CONDUCTA PROCESAL DE LA APODERADA

DEL CENTRO DE IMPUTACION JURIDICA DEMANDADO

Dentro del término que brinda la ley, alegó de conclusión para

EXPONER:

"... vale la pena recordar que según las pruebas aportadas al proceso, no existió negligencia en la actuación del Departamento.

"Se construía un puente para beneficio de la comunidad. En la playa del río, es decir al mismo nivel de sus aguas, debió hacerse un hueco para la construcción del estribo del puente, el cual no podía taparse con concreto porque técnicamente la construcción exigía que se encajara la estructura siguiente con la antigua, y de nada valdría rellenarlo de material suelto porque el río se lo llevaría por la acción continua

de las aguas (léase declaraciones de los ingenieros Wilson Ramírez R. (folio 136) y Julio César Rozo M. y Nelson Aguirre). En el mismo dictámen pericial se determina sobre las características de desplazamiento de las aguas del río hasta el espacio existente al lado del estribo, que el agua quedaba empozada allí por la acción de la lluvia o el desplazamiento natural de las aguas del río (folio 163). También la certificación de la CARDER acredita que el promedio anual de lluvia máxima diaria es de 276.9 m. (oficio 3005 de mayo 15/90).

“Además que si se efectuó un cerramiento provisional de la parte circundante del “hueco”, con guadua y alambre de púa, así lo acreditó bajo juramento el ingeniero Nelson Aguirre, que ninguna relación de subordinación tiene con el Departamento, como mal lo afirman los demandantes en la sustentación del recurso, pues es un ingeniero independiente que para la fecha de la declaración rendida ante el Tribunal (mayo 8 de 1990) había terminado el contrato de obra, que además ejecutó de manera independiente, (artículo 89, Decreto 222/83) previa licitación que le fué adjudicada. Agrega al Ingeniero en su versión no tachada en su oportunidad, como ya se mencionó, por el apoderado de los demandantes, que el cerramiento:

“... se construyó de tal forma que solamente violando su paso se podría llegar directamente a las obras que allí se protegían. Considero oportuno anotar que se hicieron recomendaciones a la señora Mariela no se su apellido. Presidente de la Junta de Acción Comunal de ese entonces, y a una serie de individuos que estuvieron muy vigilantes y atentos a la ejecución de los trabajos, así como a los vecinos más próximos a este sector para que colaboraran alertando a la población a no acercarse a dicho lugar. Durante la ejecución de la obra se tomaron medidas preventivas, como el acordamiento de los accesos con manillas, alambres, postes de madera ...” (folios 122 y 123).

“Esta declaración fué corroborada en todas sus partes por el Ingeniero Wilson Ramírez, (folios 136 y 137) en versión libre y espontánea que no deja lugar a dudas, ni fué tachada en su momento por el apoderado. Y aunque el apoderado acredita que América Giraldo, Isaura Zapata y María Francedy Pulgarín presuntamente: son persistentes al afirmar que el lugar donde pereció el menor no estaba cerrado, al leer sus declaraciones realmente lo que dicen es: América Giraldo: que no se había colocado esterilla (folio 181); Isaura Zapata: que debió taparse el hueco mismo con un alambrado (folio 184); María Francedy Pulgarín; que no vió avisos de ninguna clase (folio 185), versiones bien distintas a la conclusión que saca el apoderado.

“Pero además insistimos en señalar que son las mismas fotos aportadas al expediente por los demandantes, las que permiten apreciar de manera

SECCION TERCERA

clara las guadas que se utilizaron para el cercamiento. En modo alguno se confunden los postes de la luz con las guadas, como mal lo afirma el apoderado, evidentemente en las fotos puede apreciarse sin mayor esfuerzo tanto las guadas como los postes, que se diferencian sin mayor esfuerzo.

“En la misma inspección judicial se deja constancia sobre que:

“ ... existió un cerco de alambre de púas con postes de guadas, por cuanto éstas se encontraban dispersas en ese sitio ... dichos postes tenían todavía adherido el alambre de púas ...”. (folio 162).

“Y si bien es cierto en tal dictámen se dejan consignados los comentarios de tres personas presentes a propósito de que el cerco se había instalado después de la caída del niño. Sin embargo estas versiones fueron objetadas en su momento por el Departamento, pues la inspección judicial decretada, se limitaba al esclarecimiento de puntos concretos que resultaban importantes para el caso, sin embargo en un preámbulo inútil antes de ocuparse del objeto preciso del dictamen, los peritos consignaron las versiones de testigos improvisados, que no presenciaron los hechos y cuyos testimonios no fueron pedidos por la parte demandante en la oportunidad procesal prevista para ser oídos en declaración bajo juramento. Las aseveraciones de estas personas carecen de valor, pues el dictámen pericial debió versar sobre los puntos señalados por la parte demandada al solicitar la prueba y aceptadas por el Honorable Tribunal al decretarla, y sólo debió consignarse la información de terceros que se consideran útiles para el objeto de la diligencia.

“A propósito del lugar donde tuvo ocurrencia el hecho, cabe anotar que hasta él, sólo podía llegarse saltando desde el borde de la carretera hasta la orilla o playa del río. El mismo interventor de Obras señala que entre la calle y el sitio de ocurrencia del accidente había una altura aproximada de 4 o 4.50 metros lineales (folio 134). Lo que la madre corrobora al determinar en su declaración rendida ante el Juzgado de Instrucción Criminal que: “ ... el niño BAJO al pozo”. (Mayúsculas nuestras).

“No siendo además el sitio *vía obligatoria de tránsito*, como se estableció en la aclaración que sobre el punto hicieron los peritos (folio 203), el menor bajó hasta el lugar por su propia voluntad, al parecer porque los niños se amañaban allí pescando renacuajos (léase afirmación del apoderado en el numeral 1o. de los hechos, y declaraciones de América Giraldo (folio 182), e Isaura Zapata G. (folio 183). Pese a que los mayores conocían esta “actividad” de los niños, la permitían, aunque la comunidad había sido advertida al respecto del cercamiento que se hacía alrededor del hueco para la seguridad de los habitantes del ba-

rrio. Pero aceptaban que los niños en su inquietud burlaran las medidas de seguridad, tomadas hasta donde resultaba posible en este tipo de obras y se “entretuvieran” asumiendo un riesgo que en modo alguno el Departamento podía evitar.

“El argumento principal para reclamar responsabilidad por falla del servicio, como acertadamente lo señalara el Tribunal en su fallo, lo hacen consistir los demandantes en el “hueco” que se dejó después de la terminación de la primera parte del puente sobre el Río Otún que pretendía construirse. Sin embargo este no se dejó abierto por capricho, sino porque era necesario para continuar la obra, según se demostró. El niño venció ciertos obstáculos hasta llegar al lugar, como saltar 4 o 4.50 metros, para jugar en un sitio no adecuado para hacerlo, lo que podía comprender hasta un niño de 7 años, existiendo además negligencia por parte de sus padres al permitir semejante distracción, pues el espacio dejado para la continuación de la construcción se llenaba continuamente de aguas lluvias o del río por la acción de la naturaleza, pues el lugar está ubicado al mismo nivel del río, siendo irresistible este suceso natural que se presenta en relación con el espacio, efectuando el Departamento las acciones preventivas que le resultaban posibles.

“En cuanto al régimen de responsabilidad aplicable, debe ser el de derecho común fundamentado en el concepto de falla o falta de servicio público, pues no había lugar para aplicar al caso un régimen de responsabilidad objetiva o por riesgo, o responsabilidad por falla presunta; pues la obra no requería de la utilización de medios o materiales que colocaran a los ciudadanos en un riesgo de naturaleza excepcional, que excediera a las cargas que normalmente deben soportar los particulares por causa de trabajos públicos y tampoco la actividad realizada es de las que se han calificado por esa Honorable Corporación como peligrosas.

“Los presupuestos entonces, del régimen común de responsabilidad han sido reiteradamente precisados, y no existiendo falta probada que pueda imputarse a la Administración, no hay lugar a que se declare su responsabilidad en razón de los hechos.

“Se demostró además que existió culpa de la víctima, el menor se expuso al daño imprudentemente, si no hubiese sido por su actitud, tal daño no se habría dado. Daltó hasta el lugar, pretendiendo pescar renacuajos y se resbaló al parecer en una bolsa, sin que sus padres hubiesen observado la menor diligencia o cuidado para evitar los juegos continuos de los niños en el sitio.

“El espacio, como ya se ha dicho, se llenaba de agua por una acción natural, al presentarse lluvias, o el agua del río desplazarse junto al

estribo, en tales hechos para nada intervino el Departamento, por ello la falta en el servicio no ocurrió, ni existe relación causal entre la supuesta falla y el perjuicio.

“Por lo expuesto, solicito se confirme el fallo de primera instancia de fecha 24 de mayo del año en curso, proferido por el Honorable Tribunal Contencioso Administrativo de Risaralda”. (folios 313 a 318 Cdo. No. 1).

– IV –

VISTA FISCAL:

El Fiscal Décimo de la Corporación, Dr. FERNANDO OSPINA HE-
NAO, en su concepto de fondo

OBSERVA:

“CONSIDERACIONES:

“El proceso adolece de deficiencia probatoria y acusa falta de actividad en la parte actora, para aportar los elementos de juicio que ameritan la responsabilidad administrativa que se deprecia.

“Los dos mandatarios judiciales de los padres del menor se limitaron, el uno a formular la demanda, y el otro a oponerse a la aclaración del dictamen pericial y a sustentar el recurso de apelación del fallo. No hay presencia procesal suya en la recepción de testimonios, ni en la diligencia de inspección judicial practicada por iniciativa de la apoderada del Departamento de Risaralda. El libelo introductorio y su posterior desarrollo quedó expósito, a la espera de que el conductor del proceso, sujeto al mecanismo de una justicia rogada, produjera la prueba de imputabilidad del hecho dañoso.

“En efecto. Los testimonios de los Ingenieros Nelson Aguirre, contratista (folio 120), Javier Castaño, Secretario de Obras Públicas del Departamento (folio 124), Julio César Roza, Coordinador de Obra de la Secretaría de Obras Públicas Departamentales (folio 132) y Wilson Ramírez, Interventor de la obra (folio 135), no fueron tachados en su oportunidad procesal por el apoderado de los actores. Por su dicho se sabe que en varias ocasiones a los vecinos del barrio La Esneda se les advirtió el peligro que para la comunidad representaban los trabajos a fin de que no se acercaran al lugar; que no se podía echar material suelto en los espacios abiertos para la construcción del estribo del puente, porque la corriente del río Otún se lo llevaba; que al iniciar los trabajos se colocaron señales preventivas y que por orden del Inter-

ventor, el constructor cerró el área con un cerco de guadua y alambre de púas.

“En la inspección judicial que obra a folios 145, el apoderado de la parte actora no intervino para dejar alguna constancia que ilustrara al juzgador sobre la ubicación del hueco, su dimensión, su profundidad y la distancia de la vía pública.

“El experticio, visible a folio 162, tampoco fué objetado por el mandatario judicial de los actores, respecto a la afirmación de los peritos de que “en el momento de la inspección se observó que existió un cerco de alambre de púas con postes de guaduas, por cuanto éstos se encontraban dispersos en ese sitio y sin estar hincados y dichos postes tenían adheridos todavía el alambre de púas”.

“Las fotos que se acompañaron a la demanda, tampoco aportan claridad sobre el lugar donde estaba el hueco. Se aprecian sitios inundados al pié del estribo y se observa en la segunda fotografía de folios 11 una cámara de inspección para aguas residuales a la que posiblemente hace referencia el dictamen pericial, pero no se precisa el hueco donde ocurrió el accidente.

“Naturalmente que al expediente se arrimaron las declaraciones de José M. Alzate (folio 176), Anunciación de las Nieves González (folio 178), América Giraldo (folio 180 vto.), y María Francedy Pulgarín (folio 185), las cuales carecen de consistencia y credibilidad, porque no expresan la razón de la ciencia de su dicho.

“Hay evidencias, por el contrario, de que el área de peligro fué cercada, que el sitio de la tragedia no era necesariamente vía obligada de tránsito y que por estar a la orilla del río y a nivel de sus aguas, representaba un riesgo aún para personas mayores. Riesgo que se trató evitar con la construcción del puente.

“Del escaso recaudo probatorio se deduce que el hecho dañoso no tuvo ocurrencia en la presunta conducta omisiva de la administración y, por consiguiente, no comprometió su responsabilidad.

“Por las razones expuestas, esta agencia Fiscal considera que el fallo recurrido debe ser confirmado”. (Folios 323 a 325 del Cdno. No. 1).

— V —

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

A) La sentencia impugnada será revocada, pues el *ad-quem* no hace suya la perspectiva jurídica y la valoración probatoria que hizo el fallador

SECCION TERCERA

de instancia, por las razones que más adelante se precisarán. En el proceso se demostró que el Departamento de Risaralda celebró con el Señor NELSON AGUIRRE un contrato que tuvo por objeto la construcción del Estribo. LD AA sobre el Río Otún Barrió La Esneda - Municipio de Pereira, en la cual quedó " ... faltando un lleno que debía de hacerse posteriormente a la ejecución de unas aletas. ...", como lo dijo el contratista en su declaración rendida ante el magistrado conductor del proceso. Del universo de lo dicho por éste se tiene:

a) " ... que a las personas que tenían mayor ingerencia en la zona donde se construyó dicha obra, en repetidas ocasiones *se les advirtió del peligro que ésta presentaba en el estado en que quedaba, hasta que el Departamento u otra entidad a la que le toca ejecutar las obras posteriores, no las hubieran hecho ...*".

b) "... que dentro de las personas mencionadas, o que se les advirtió el peligro, se encuentra el Departamento y fué por ello que ordenaron la construcción de dicho cerramiento ...";

c) Que " ... una vez termina la ejecución de dicha obra y por orden del señor Interventor, se procedió a hacer *un cerramiento provisional en guada y alambre de púa, con el fin de evitar el acercamiento de personas aledañas al lugar donde se ejecutó la obra, ya que a esta le quedaba faltando un lleno que debía de hacerse posteriormente a la ejecución de unas aletas y que no correspondía en mi contrato hacerlo ...*".

d) Que en el sitio no se colocaron avisos o vallas denunciando el peligro pues " ... la entidad contratante en vez de hacer requerimientos de este tipo de avisos, me ordenó ejecutar el cerramiento de las características antes mencionadas, el cual fuera de proteger a las personas adyacentes al lugar, se construyó de tal forma de que solamente violando su paso se podría llegar directamente a las obras que allí se protegían".

e) Que se " ... hicieron recomendaciones a la señora Mariela ... Presidente de la Junta de Acción Comunal de ese entonces, y a una serie de individuos que estuvieran muy vigilantes y atentos a la ejecución de los trabajos, así como a los vecinos más próximos a este sector para que colaboraran alertando a la población de no acercarse a dicho lugar ...".

f) Que " ... *durante la ejecución de la obra se tomaron medidas preventivas, como el acordonamiento de los accesos con manillas, alambres, postes de madera y un vigilante continuo, retirando los niños y adolescentes que pulan en este sector. Es así como durante el transcurso de la obra no se presentó ni un solo accidente ...*".

En apoyo de lo expuesto por el contratista viene la declaración rendida dentro del presente proceso, por el Ingeniero Electricista JAVIER CASTA-

ÑO MEJIA, Secretario de Obras del Departamento de Risaralda, quien ilustra al sentenciador dentro del siguiente perfil:

“PREGUNTADO: Dígame a la Sala, si lo sabe, si a las autoridades Departamentales correspondientes y a la comunidad vecina a la obra, se les advirtió del peligro en que la obra quedaba? CONTESTO: *Una comisión del Barrio, advirtió sobre el riesgo que podría correrse por la no conclusión de las obras, que ya fué explicado anteriormente el motivo por el cual no se podían construir, y, a la vez solicitando la conclusión de dicha obra.* En dicha oportunidad dí las explicaciones correspondientes, las cuales fueron la falta de presupuesto y la necesidad de esperar para la vigencia de 1990, una partida adicional ...”.

Finalmente, los peritos señores JAIRO PATIÑO CASTRO y LUIS MANUEL GARCIA DE LA ROSA, al rendir su dictamen, afirman:

a) Que “... en la margen derecha del puente, es decir, en el barrio La Esneda de Dosquebradas, se construyó el estribo y las aletas. Allí se observa un hueco que entre el nivel del piso y la base de excavación para el cimiento, tiene más de tres (3) metros de profundidad, ocupando un área aproximada de 40 (cuarenta) metros cuadrados ...”;

b) Que “... en el momento de la inspección se observó que existió un cerco de alambres de púas con postes de guaduas, por cuanto éstos se encontraban dispersos en ese sitio y sin estar hincados y dichos postes tenían adheridos todavía el alambre de púas ...”;

c) Que “... el sitio donde se efectuó la excavación y posterior construcción del estribo y aletas del puente, *se encuentra sobre una vía pública, la cual es de libre tránsito y no tiene restricción alguna, es así como por tratarse de una vía pública es de uso público y cualquier persona está en libertad de transitar o no por dichas vías ...* También es preciso señalar que por el hecho de que un camino público - haya dejado de existir por existir otro preferente, no le quita a esa vía el carácter de camino público, de ahí que los particulares pueden usarlos o gozarlos transitando por ellos, salvo que exista un acto de autoridad competente que prohíba o restrinja el tránsito por dichas vías ...”.

B) A la luz del acervo probatorio que se deja relacionado en el literal anterior, no hay espacio para la duda que impida concluir que el Departamento de Risaralda, al ordenar la construcción del Estribo LD AA sobre el Río Otún, en la cual quedó faltando un lleno con el fin de cubrir un hueco de más de tres metros de profundidad, y un área aproximada de cuarenta metros cuadrados, como lo afirman los peritos, causó un daño antijurídico, que como lo preceptúa el artículo 90 de la Constitución Nacional de 1991, genera responsabilidad patrimonial de la administración. En la norma citada se lee:

SECCION TERCERA.

“Artículo 90. El estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas”.

En la materia que se estudia la Sala reitera la pauta jurisprudencial que recordó en sentencia de 22 de noviembre de 1991, Expediente No. 6784, Actor: EMILIO GUIDO DE MAZENETT, demandado: La Nación – Ministerio de Obras Públicas y Transporte, en la cual, y en lo pertinente, se destaca:

“ ... Dentro de este universo constitucional no hay duda de que el fundamento de la responsabilidad administrativa no se da siempre por una conducta dolosa o culpable, que deba ser sancionada, sino por el quebranto patrimonial que hay que reparar. La atención del constituyente se desplazó, pues, desde el autor o la conducta causante del daño, hacia la víctima misma. Por ello importa más reparar el daño causado, que castigar una acción u omisión administrativa culpable. La finalidad de la responsabilidad patrimonial no consiste, pues, en BORRAR UNA CULPA, sino en hacer recaer sobre el patrimonio de la administración, el DAÑO SUFRIDO por el particular.

“No hay duda de que a partir del texto Constitucional citado, la responsabilidad se ha tornado en grado sumo OBJETIVA, puesto que la culpa ha dejado de ser el fundamento único del sistema indemnizatorio, convirtiéndose simplemente en uno de los criterios jurídicos de imputación de daños a la administración. Por ello es posible, en muchos casos, que se tenga derecho a la indemnización de los daños patrimoniales ocasionados con una actuación administrativa lícita. La filosofía que informa todo este universo jurídico se apoya en EL PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD, que se recoge también en el artículo primero de la Constitución Nacional cuando se afirma que Colombia es un Estado Social de Derecho, fundado en el respeto a la dignidad de la persona humana y en LA SOLIDARIDAD DE LAS PERSONAS QUE LA INTEGRAN.

“En la materia que se estudia, la Sala reitera la pauta jurisprudencial que fijó la sentencia de 31 de octubre de mil novecientos noventa y uno (1991). Expediente No. 6515, Actor: Fabio Ruiz Ospina. Demandado La Nación Ministerio de Obras Públicas – Fondo Vial Nacional, en la cual se razona dentro del siguiente temperamento:

“Es verdad que en la ley de leyes no se define el concepto de “daños antijurídicos”, realidad que lleva a indagar el alcance actual del mismo. Y es la doctrina española la que lo precisa en todo su universo. Para LEGUINA, “ ... un daño será antijurídico cuando la víctima del mismo no esté obligada por imperativo explícito del ordenamiento a soportar la lesión de un interés patrimonial garantizado por la norma jurídica”.

(Cita de J.M. de la Cuétara. La actitud de la Administración. Tecnos. pág. 554).

“Dentro del anterior perfil, la responsabilidad se torna OBJETIVA, pues como lo enseña este último tratadista.

“... no se trata de ningún perjuicio CAUSADO antijurídicamente, sino de un PERJUICIO ANTIJURIDICO EN SI MISMO; por otra parte, *se desvincula de la licitud o ilicitud de la actuación de la que se deriva la lesión, con lo que se hace capaz de abarcar la totalidad de supuestos de responsabilidad posibles* ... La jurisprudencia, por su parte, ha acogido ampliamente los términos en que está formulada la teoría, *insistiendo especialmente en la idea de que la responsabilidad surge cuando un particular no está obligado a soportar un detrimento patrimonial*. A continuación se transcriben unos párrafos en los que se desarrolla con claridad meridiana la postura del Tribunal Supremo:

“Sentencia de 27 mar. 1980 (Sala 4a. Ref. No. 2249):

“Por responsabilidad de la Administración — central o local — ha de entenderse aquella obligación general que a la misma incumbe, fuera del ámbito del ejercicio de sus potestades expropiatorias — que tienen una regulación especial — de resarcir a los particulares de los daños y perjuicios, que no estando obligados por imperativo legal u otro vínculo jurídico a soportar, son consecuencia del quehacer administrativo de aquella.

“Siempre que se produzca un daño o un perjuicio en el patrimonio de un particular, sin que éste venga obligado por una disposición legal o vínculo jurídico a soportarlo, encontrando su causa desencadenante precisa en el mencionado funcionamiento, mediante un nexo de efecto a causa, ha de entenderse que se origina automáticamente en la Administración la obligación de su directo y principal resarcimiento.

“La ratio legis” verdadera consiste en que cualquier particular, por el sólo hecho de haber entrado — en la obligada — esfera de actuación administrativa que el principio de soberanía comporta, quedando subordinado a ella sin un deber expreso de sacrificio, siempre que haya sufrido un daño o sacrificio que reúna las condiciones de “injusto, efectivo, económicamente evaluable y susceptible de individualización personal o grupal”, ha de tener la garantía por parte de la Administración de su resarcimiento, dotándole de acción procesal directa contra la misma, sin que sea para ello preciso identificar si en el mencionado actuar lesionante hubo comportamiento voluntario, doloso o culposo, de la persona o personas que encarnan el órgano administrativo que lo produjo, máxime cuando el daño o perjuicio hubiera sido originado por un comportamiento institucional”.

“Dentro del mismo universo discurre el Profesor Eduardo García de Enterría, quien sobre el particular enseña:

“2. El concepto técnico-jurídico de lesión resarcible y sus notas características.

“Al construir la institución de la responsabilidad de la Administración al margen de toda idea de ilicitud o culpa, el fundamento de aquella se desplaza desde la perspectiva tradicional de la acción del sujeto responsable (que parte de la concepción primitiva de ver en la responsabilidad patrimonial la sanción a una conducta culpable) a la del patrimonio de la persona lesionada. La responsabilidad pasa a reposar de este modo sobre un principio abstracto de garantías de los patrimonios, dejando de ser una sanción personal por un comportamiento inadecuado para convertirse en un mecanismo objetivo de reparación, que se pone en funcionamiento sólo si, en la medida en que, se ha producido una lesión patrimonial. El concepto de lesión patrimonial se convierte de este modo en el basamento mismo del sistema, lo cual hace especialmente necesario caracterizarlo con toda precisión desde un punto de vista técnico jurídico; nada perjudicaría tanto al progresivo sistema establecido en nuestro Derecho que interpretarlo como una fórmula inespecífica, que o bien pudiese justificar cualquier pretensión indemnizatoria, por absurdo que fuese, o bien remitirse a valoraciones de equidad según libres estimaciones de los aplicadores del Derecho en cada caso. Nuestro sistema positivo, por el contrario, reposa sobre un profundo rigor técnico, que sólo precisa una explicación coherente.

A estos efectos conviene comenzar por distinguir el concepto jurídico de lesión del concepto vulgar de perjuicio. En este último sentido, puramente económico o material, por perjuicio se entiende un detrimento patrimonial cualquiera. *Para que exista lesión resarcible se requiere, sin embargo, que ese detrimento patrimonial sea antijurídico no ya porque la conducta de su autor sea contraria a Derecho (antijuridicidad subjetiva), sino, más simplemente, porque el sujeto que lo sufre no tenga el deber jurídico de soportarlo (antijuridicidad objetiva: vid., por ejemplo, los Dictámenes del Consejo de Estado de 5 de abril de 1968 y 8 de julio de 1971, entre otros muchos). Como dice con toda corrección la S. de 27 de enero de 1971 y reitera el Auto de 10 de febrero de 1972, la lesión supone un “perjuicio que no es antijurídico por la manera de producirse, sino porque el titular del bien o derecho lesionado no tiene el deber jurídico de soportarlo, aún cuando el agente que lo ocasione obre dentro del marco de la licitud”. La antijuridicidad susceptible de convertir el perjuicio económico en lesión indemnizable se predica, pues, del efecto de la acción administrativa (no de la actuación del agente de la Administración causante material del daño), a partir de un principio objetivo de garantía del patrimonio de los ciudadanos*

que despliega su operatividad postulando la cobertura del daño causado en tanto en cuanto no existan causas de justificación que legitimen como tal el perjuicio de que se trate”.

“Este nuevo enfoque de la responsabilidad administrativa en el derecho colombiano se consignó en sentencia de 27 de junio de mil novecientos noventa y uno (1991), Expediente No. 6454, Actor: EDGAR PEREZ RODRIGUEZ. Demandado Instituto de Crédito Territorial, y se reitera ahora. Fácilmente se comprende que los ciudadanos que transitan por las vías públicas no tiene por qué soportar ningún detrimento patrimonial por el hecho de hacerlo. La sola circunstancia de que una piedra se desprenda de las alturas, y cause un daño al peregrino que pasa, permite afirmar que se ha registrado una ANTIJURIDICIDAD OBJETIVA, dentro del temperamento en que discurre el profesor García de Enterría en el aparte de su obra ya transcrito”.

C) Para la Sala no es de recibo la perspectiva jurídica que manejó, a lo largo del proceso, la apoderada del centro de imputación jurídica demandado. La circunstancia de que el Departamento de Risaralda no hubiese podido terminar las obras por falta de presupuesto, no tiene el universo de la fuerza mayor, que libera de responsabilidad. Resulta inaceptable e incomprensible que el sitio de peligro sólo se hubiese cercado con “guadua y alambre de púa”, como lo recordó el contratista al rendir su declaración. Con tales medidas de seguridad, sólo se alcanza a evitar la entrada de bestias o ganado, pero no la de los niños. En este momento del discurso el sentenciador se pregunta: Si como lo dijo el citado deponente, en el sitio “pululan” los niños y los adolescentes, por qué causa, motivo o razón no se mantuvo la vigilancia privada que sí tuvo el contratista a lo largo de la ejecución de las obras? Si el “espacio en la parte del estribo ...” se requería para encajar la nueva estructura con la antigua, a quién correspondía, en primer lugar, la vigilancia del citado “espacio”? Indudablemente que a la administración, que fué la que creó el peligro. Aquí no cabe hablar de la culpa del menor, pues éste nació el 29 de marzo de 1982, esto es, que para el momento de la tragedia no tenía diez años de edad. En este particular se recuerda que el artículo 2346 del C. Civil dispone: “Los menores de diez años y los dementes no son capaces de cometer — delito o culpa; pero de los daños por ellos causados serán responsables las personas a cuyo cargo estén dichos menores o dementes, si a tales personas pudiera imputárseles negligencia”. Hubo culpa de los padres del niño? Lo ignora el fallador. Ellos no fueron vinculados al proceso.

Para la Sala resulta bien informal la conducta de la administración, que se quedó tranquila, como si nada pudiera ocurrir, cuando una comisión del Barrio advirtió sobre los riesgos que se estaban corriendo por la no conclusión de las obras, como lo recuerda en su declaración el Secretario de Obras del Departamento. La explicación que a tal comisión se le dió, en el sentido de que no había presupuesto para continuar los trabajos y la necesi-

dad de esperar el presupuesto de 1990, puede excusar la continuación de la obra, pero no exime de responsabilidad al Departamento por los perjuicios causados con su conducta. Por lo demás, qué es eso de que se le recomendó a la Señora Mariela, Presidente de la Junta de Acción Comunal, y a una serie de individuos "que estuvieran muy vigilantes y atentos a la ejecución de los trabajos, así como a los vecinos más próximos a este sector para que colaboraran alertando a la población de no acercarse a dicho lugar ...", como lo dice el contratista en su declaración? Acaso correspondía a tales personas esa tarea de vigilancia? La respuesta es necesariamente negativa. El universo de este caso hace recordar las palabras de Hauriou cuando enseñaba: "Hay dos correctivos de la prerrogativa de la Administración reclamados por el instinto popular, cuyo sentimiento respecto del poder público puede formularse en estos dos brocados: *QUE HAGA, pero que obedezca la ley: QUE HAGA, pero que pague el perjuicio*".

D) Afirma la apoderada del Departamento de Risaralda que existió culpa de la víctima, "... porque pese a ser menor de edad, contaba con la edad suficiente para saber que en el sitio no podía jugar ... si no hubiera sido por la imprudencia del niño el daño no se hubiera producido, puesto que éste bajó sin necesidad, saltando 4 metros aproximadamente hasta un lugar donde pretendió pescar renacuajos y en el que resbaló al parecer por una bolsa que se encontraba en el lugar, sin que sus padres hubiesen observado la menor diligencia o cuidado para evitar los continuos juegos de los niños en el sitio.

En el párrafo anterior se manejan vivencias de contradicción. Ya se dejó en claro la causa legal por la cual el menor era incapaz de cometer culpa; pero si en gracia de discusión se abriera esa posibilidad, cabría concluir, que la tuvo, porque "resbaló al parecer por una bolsa que se encontraba en el lugar ..."? O que la hubo porque el chiquillo saltaba cuatro metros con el ansia de ir a pescar renacuajos? No. Con la filosofía del absurdo no se puede valorar la realidad fáctica.

En el artículo 44 de la Constitución Nacional se preceptúa que son derechos fundamentales de los niños la vida, la integridad física, la salud, el cuidado y el amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Se agrega luego que ellos prevalecen "SOBRE LOS DERECHOS DE LOS DEMAS". Dentro de este perfil normativo tanto los particulares como la administración tienen especiales deberes jurídicos que cumplir. Por qué juega el niño? Porque tiene derecho a hacerlo, y sus semejantes el deber de respetar tal derecho. Por qué salta? Por qué pesca renacuajos? Por qué circula libremente por el espacio público? Porque tiene derecho a hacerlo. Es GREGORIO MATEU en su obra BROTOS DE TERNURA quien recuerda:

“Siempre que perseguimos los caminos de la ternura precisamos conocer los senderos de la infancia.

Los niños tienen mucha importancia, posiblemente porque no se han dado cuenta de ello o porque valoran muy poco lo que los mayores magnificamos excesivamente. No necesitan razonar para dar sentido, vitalidad e intensidad a las relaciones humanas. La vida de un niño, en todo su encanto y todo su misterio, es muy fácil de comprender. El saber ver la evidencia de la vitalidad de todo lo que le rodea. Experimentará la alegría de una mirada, el encanto de un gesto, la ternura de un abrazo, la suavidad de una palabra, la sonrisa de unos labios hermosos. *Ríe, canta, derrocha viveza, reparte esperanza, Ama en la hierba, en el pájaro, en el beso, en las estrellas, en la noche oscura*” (Editorial Herder, 1990, págs. 53 y 54).

Vivenciar la realidad anterior es deber del juez, al desatar conflictos de intereses con el perfil que tiene éste. Una buena pauta para administrar justicia consiste en que el fallador se interrogue primero, qué demandaría de ésta, si la víctima hubiese sido su propio hijo. Nada más, pero tampoco nada menos.

E) Dentro del proceso se demostró, en legal forma, que ROGELIO PEÑA ZAPATA y MARIA GLADYS RESTREPO BERRIO, son los padres de la víctima. Igualmente, que de esa unión nacieron OSCAR EDUARDO y MARIA FERNANDA PEÑA RESTREPO, quienes sólo tenían nueve años largos, el primero, y un poco más de cinco la segunda, por lo cual vivían bajo el mismo techo con el hermano fallecido. Las declaraciones rendidas por ISAURA ZAPATA DE PEÑA, MARIA FRANCEDY PULGARIN LONDOÑO y AMERICA GIRALDO IDARRAGA, así permiten vivenciarlo. Frente a esta realidad, se condenará al Departamento de Risaralda a pagar a cada uno de los padres un mil gramos de oro fino (1.000) y a cada uno de los hermanos, esto es, OSCAR EDUARDO y MARIA FERNANDA, doscientos cincuenta gramos de oro (250) para cada uno, que se cubrirán con el precio que el referido metal tenga en el momento de quedar ejecutoriado este fallo.

F) Como la COMPAÑIA DE SEGUROS ATLAS S. A. fué llamada en garantía, por el centro de imputación jurídica demandado, y se demostró que la Póliza de Seguro de Responsabilidad Extracontractual No. 4475 sólo vence el día 31 de marzo de 1982, se le condenará a cubrir el monto correspondiente al Departamento de Risaralda, dentro del universo que tiene la citada póliza.

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 veinticuatro (24) de mayo de mil novecientos noventa y uno (1991), proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda, dentro del proceso del rubro, y en su lugar

RESUELVE:

A) Declárase que el Departamento de Risaralda es administrativamente responsable de los daños y perjuicios causados a ROGELIO PEÑA ZAPATA y MARIA GLADYS RESTREPO BERRIO (padres) y a OSCAR EDUARDO y MARIA FERNANDA PEÑA RESTREPO (hermanos), por la tragedia ocurrida al menor JORGE ANDRES PEÑA RESTREPO, el día 25 de Agosto de 1989, dentro del marco de circunstancias relacionadas a lo largo de este proveído.

B) Como consecuencia de la declaratoria anterior, se condena al Departamento de Risaralda a pagar a ROGELIO PEÑA ZAPATA y MARIA GLADYS RESTREPO BERRIO (padres), a título de indemnización de los perjuicios morales, un mil gramos de oro fino (1.000) a cada uno. Igualmente, se le condena a pagar a OSCAR EDUARDO PEÑA y MARIA FERNANDA PEÑA RESTREPO (hermanos), al mismo título, doscientos cincuenta gramos (250) de oro fino. Las citadas cantidades se pagarán con el precio que el referido metal tenga en el momento de quedar ejecutoriada esta sentencia.

C) Condénase a la COMPAÑIA DE SEGUROS ATLAS S. A. a cubrir, al Departamento de Risaralda, el monto que corresponda dentro del límite que tiene la Póliza de Seguro de Responsabilidad Extracontractual No. 4475;

D) Deniéganse las demás pretensiones de la demanda;

E) A esta sentencia se le deberá dar cumplimiento en la forma y términos consagrados en los artículos 176 y 177 del C.C. Administrativo.

2o.) Ejecutoriado el presente fallo, devuélvase el expediente al tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE.

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

PODER ESPECIAL— Presentación/PODER ESPECIAL—Sustitución

Desestimar una sustitución por el hecho de haberse efectuado la presentación personal seis meses antes, es decir, haberse autenticado la firma con demasiada antelación; y además, estar dirigida a quien en el momento del recibo es el juez de conocimiento, así en el momento de la autenticación no lo fuera, no es motivo legal para desestimarse la sustitución, pues se está en derecho si se hizo la presentación personal ante un despacho judicial (o ante notario) y es recibida dentro del término legal para recurrir.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Santafé de Bogotá, D. C., diciembre dos (2) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Carlos Betancur Jaramillo.*

Referencia: Expediente No. 6814. Recurso de Queja. Actor: Sergio Tulio Córdoba y otros.

Surtido el trámite contemplado en el artículo 378 del C. de P. C., procede la sala a decidir el recurso de queja interpuesto por la parte actora contra el proveído de 21 de mayo de 1991, por medio del cual el tribunal administrativo de Nariño se abstuvo de conceder el recurso de apelación interpuesto contra el auto de liquidación de perjuicios de 26 de abril del mismo año y optó por enviar el proceso en consulta ante esta Corporación.

Ante la negativa del recurso, la parte actora interpuso reposición contra dicho auto, y en subsidio, “se expidan copias completas de todo el inci-

SECCION TERCERA

dente (art. 378, Inc. 1o. c.p.c.), a efecto de acudir en queja ante el superior, como en efecto se hizo.

OBJETO Y CONTENIDO DE LOS AUTOS RECURRIDOS

1o. Auto de 21 de mayo de 1991 (fls. 36/37):

Mediante este proveído se negó la apelación interpuesta contra el proveído que modificó la liquidación de la condena en abstracto (auto de 26 de abril – fls. 16 a 20).

Los argumentos expuestos por el *a-quo* están contenidos en los siguientes párrafos:

“A.— Con presentación personal ante la Secretaría del Tribunal Contencioso Administrativo del Cauca efectuada el 4 de septiembre de 1990, se dirige el memorial de sustitución al actual Sustanciador cuando aún no había sido nombrado como Magistrado de esta Corporación;

“B.— A la fecha de presentación personal de dicho memorial y ya indicada, no existía el incidente referenciado en él, pues, el escrito constitutivo de la liquidación fué presentado ante la Secretaría del Tribunal Administrativo del Cauca el 11 de marzo de 1991, esto es, un poco más de seis (6) meses después de la presentación de la presunta sustitución.

“No obrando jurídicamente sustitución de poder, el Dr. IVAN PALACIO LARRARTE no estaba habilitado para realizar actos de postulación como es el de recurrir providencias y en consecuencia la Sala se abstendrá de conceder el recurso de apelación por él interpuesto, contra el auto que desató este incidente”.

2o. Auto de 20 de junio de 1991 (fls. 42 a 44):

Por éste resuelve el *a-quo* no reponer el auto de 21 de mayo de 1991 y ordena expedir las copias del incidente para los efectos del recurso de queja.

Los argumentos expuestos en el proveído indicado, se pueden resumir de la siguiente manera:

a) Que el artículo 65 del C. de P. C. regula todo lo relacionado con la constitución de poderes – modificado dicho artículo por la reforma 123 del artículo 1o. del Decreto 2282/89 – cuyo inciso segundo determina que el poder especial puede conferirse mediante escritura pública o por memorial dirigido al juez de conocimiento, presentado éste como se dispone para el caso de la demanda.

b) Que válidamente existe poder especial si se reúnen las siguientes exigencias:

1o. Que conste en escritura o memorial dirigido al juez de conocimiento.

2o. Que se determine claramente el asunto o asuntos;

3o. Que se haga mediante la forma exigida para la demanda.

c) Que igualmente debe procederse para la sustitución de poderes, y en el caso presente no se cumplieron la 2a. y 3a. exigencias aludidas, por las razones que el *a-quo* expone así:

“En efecto, si bien a la fecha, en el memorial de sustitución se consigna el número del proceso, nombre de las partes y se alude a este incidente de liquidación, a la época de presentación personal efectuada el 4 de septiembre de 1990 ante la Secretaría del Tribunal Contencioso Administrativo del Cauca, aún no se había iniciado el trámite del incidente, circunstancia que indica que la sustitución fué adicionada con posterioridad a la presentación. Siendo así, mal podía sustituirse el poder para actuar dentro de él, pues todavía, no se había presentado a esta Corporación el escrito que dió origen a la presente articulación”.

“De otra parte, el último requisito tampoco fue cumplido ya que de acuerdo con el artículo 142 del C.C.A. que regula la presentación de la demanda “Toda demanda deberá presentarse personalmente por quien la suscribe ante el secretario del tribunal a quien se dirija. El signatario que se halle en lugar distinto podrá remitirla previa autenticación ante juez o notario de su residencia, caso en el cual se considerará presentada al recibo en el despacho judicial de destino”, y la nota de presentación personal que contiene el escrito de sustitución y que obra a folios 21 vueltas del expediente no equivale a autenticación, amén de que en ella ni siquiera se dice a qué despacho se dirige”.

“Si la sustitución fuera cierta, si el apoderado de la parte actora hubiera tenido intención de realizarla, no se entiende su actitud al interponer directamente en memorial que obra a folios 24 y ss. el recurso de apelación contra la providencia que desató el incidente, eso sí en forma extemporánea y, en escrito presentado ante la Secretaría del Tribunal Contencioso Administrativo del Cauca y que obra a folios 40 del expediente, expresar que en favor del Dr. IVAN PALACIO LARRARTE sustituye el poder que le han conferido sus mandantes.

“La ratificación contenida en la parte final del mismo tampoco es de recibo por aludir a una sustitución de poder que por carecer de las formalidades legales no tiene validez y, a la interposición de un recurso proveniente de persona sin facultad para hacerlo”.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE QUEJA

Los expone el recurrente a efecto de obtener se revoque la negativa de la apelación interpuesta contra la liquidación de condena, en los siguientes términos:

“Reafirmandome en los argumentos expuestos en escrito anterior, de conformidad con lo dispuesto por el art. 68 del C. de P. C. todo poder puede sustituirse a menos que expresamente se prohíba”.

“El mecanismo legal para proceder a la sustitución de un poder es el mismo que para constituirlo o conferirlo, y, este no lo señala el artículo 65 *ibídem*, así:

a) Debe hacerse mediante memorial dirigido al Juez de conocimiento;
b) Presentado como se dispone para la demanda, es decir la *firma autenticada por quien lo suscribe, mediante comparecencia personal ante el secretario de cualquier despacho judicial*. (Subrayado mío) Art. 84 Modificado Decreto 2282 de 1989 (C. de P. C.).

“Como podemos observar con la sola constatación de las copias aportadas el primero de los requisitos fué debidamente cumplido, puesto que la sustitución se hizo mediante memorial poder cuyo contenido es suficientemente claro sobre el fin perseguido con él, y está claramente dirigido al H. Magistrado Ponente del incidente liquidación de perjuicios materiales (Juez del conocimiento).

“Sobre el segundo de los requisitos exigidos con formalidad legal para la validez de la sustitución, también considero que efectivamente se dió en el presente caso, ya que en el escrito aparece la firma del apoderado principal legalmente autenticada – mediante su comparecencia ante la señora secretaria del Tribunal Contencioso Administrativo del Cauca el día 4 de septiembre de 1990.

“En atención a lo referido considero que los presupuestos exigidos por las normas de carácter procedimental, en el presente caso han sido cabalmente cumplidos por lo cual se disponía la admisión del recurso de apelación denegado”.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Para la sala el recurso está llamado a prosperar porque es evidente que los argumentos expuestos por el *a-quo* no se acomodan a la preceptiva de la norma que se cita, sino que, por el contrario, la contradicen.

En efecto, a folio 21 obra el memorial poder de sustitución signado por el señor apoderado de la parte actora y con presentación personal ante el tribunal administrativo del Cauca del día 4 de septiembre de 1990 (folio 21 vuelto). Asimismo y en el mismo folio aparece la fecha de presentación ante el tribunal administrativo de Nariño por parte del abogado sustituto; es decir, presentado ante la secretaría del referido tribunal el día 3 de mayo de 1991 y acompañado del escrito de apelación contra el auto de liquidación de la condena en abstracto, en tiempo, si se tiene en cuenta que el proveído de 26 de abril del año en curso fué notificado mediante estado del día 30 del mismo mes año.

Ahora bien, el artículo 65 del C. de P. C. regla lo relativo a los poderes y en su inciso segundo determina que el escrito mediante el cual se confiere u otorga un poder o se sustituye el mismo debe presentarse como "se dispone para la demanda", lo que para el caso, está regido por el 84 ibídem; por su parte, el artículo 142 del C.C.A. dispone sobre la presentación de la demanda en el proceso contencioso administrativo: "Toda demanda deberá presentarse personalmente por quien la suscribe ante el secretario del tribunal a quien se dirija. *El signatario que se halle en lugar distinto podrá remitir la previa autenticación ante juez o notario de su residencia, caso en el cual se considerará presentada al recibo en el despacho judicial de destino.*

Esta norma, a semejanza del artículo 84 del C. de P. C. determina que la fecha de recibo en el despacho de destino es la que se debe tener en cuenta; lo de la presentación personal del signatario que reside en otro lugar a aquél del destino, es sólo para verificar la autenticidad de quien lo envía, únicamente y nada más. Procesalmente, como lo expresa textualmente el C. de P. C. la fecha de recibo es la que se debe tener en cuenta y por ende, en esa fecha los demás pormenores que trae el artículo 65 ibídem.

Por manera que desestimar una sustitución por el hecho de haberse efectuado la presentación personal seis meses antes, es decir, haberse autenticado la firma con demasiada antelación; y además, estar dirigida a quien en el momento del recibo es el juez de conocimiento, así en el momento de la autenticación no lo fuera, no es motivo legal para desestimarse la sustitución, pues de acuerdo con lo reglado en la norma antes analizada, se está en derecho si se hizo la presentación personal ante un despacho judicial (o ante notario) y es recibida dentro del término legal para recurrir, tal como resultó probado.

Es suficiente lo anteriormente expuesto para que prospere la queja interpuesta contra los proveídos indicados al comienzo de éste.

En consecuencia, en mérito de lo expuesto, la Sección Tercera del Consejo de Estado.

RESUELVE:

PRIMERO.— Estímase mal denegado el recurso de apelación interpuesto contra el auto de 26 de abril de 1991 por medio del cual se hizo la liquidación de los perjuicios en el proceso de la referencia. En su lugar, concédese el recurso aludido.

SEGUNDO.— Como el proceso se encuentra en grado de consulta, radicado con el número 6833, adjúntesenle estas diligencias para que el conocimiento también se entienda en apelación.

COPIESE, NOTIFIQUESE y CUMPLASE.

Esta providencia fue aprobada por la sala en su sesión celebrada el día 28 de noviembre de 1991.

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

ABOGACIA/EJERCICIO DE PROFESIONES/PRINCIPIO DE LA BUENA FE

Es hábil para ejercer la profesión de abogado por voluntad del Estado, quien por intermedio de universidades legalmente reconocidas confiere el título a la persona que cumpla todas sus exigencias, y que es posteriormente refrendado por las autoridades administrativas, la Tarjeta Profesional es simplemente un documento que sirve para probar tal calidad, pero no es el único. En el *sub-lite*, el profesional del derecho presentó prueba sumaria del extravío de su Tarjeta y Cédula y con una serie de documentos que sirven de indicio para probar su calidad de abogado y ciudadano colombiano en ejercicio, presentó demanda ante el Tribunal, solicitando oficiar a la Registraduría del Estado Civil y al Ministerio de Justicia, para que certificaran sus calidades. Con lo anterior es ostensible la buena fe con que obró el apoderado, la cual se presume.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Santafé de Bogotá, D. C., cuatro de diciembre de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Doctor Juan de Dios Montes Hernández.*

Referencia: Expediente No. 7045. Actor: Domingo Alonso Gil Viancha.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto contra el auto del 18 de julio de 1991, proferido por el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, mediante el cual se inadmitió la demanda.

Para tomar la anterior decisión el *a-quo*, argumentó lo siguiente:

“Se inadmite la demanda presentada ... por cuanto su apoderado, doctor Jairo Alberto Restrepo Isaza, no acreditó su condición de abogado titulado, desconociendo lo estipulado en el Decreto 196 de 1971, artículos 24, 25 y 42 y en el Código de Procedimiento Civil en sus artículos 63 y 65 según el cual nadie podrá litigar en causa propia o ajena si no es abogado inscrito, salvo las excepciones consagradas en la ley.

“En cuanto a la petición formulada por el mismo apoderado en escrito visible a folios 41 y 42, solicitando que previamente a la admisión de la demanda se ordene oficiar al Ministerio de Justicia y a la Registraduría Nacional del Estado Civil, para que certifiquen sobre la vigencia de su Cédula de Ciudadanía y Tarjeta Profesional, documentos que no pudo presentar ya que se le extraviaron, éste deberá rechazarse, toda vez que sólo son susceptibles de esta solicitud, a términos del artículo 139 del C.C.A., las copias del acto o actos acusados o la certificación sobre la publicación de los mismos, cuando se deniegue su copia o no haya sido publicado”. (fol. 72 C. 1).

El apoderado de la parte actora presenta recurso de apelación contra el auto admisorio, cuya sustentación en la parte pertinente dice:

“Cuando uno es abogado titulado e inscrito no lo es por el hecho de poseer una Tarjeta Profesional de Abogado, lo es por haber reunido y agotado una serie de exigencias de carácter legal que así lo exigen. La Tarjeta Profesional no es lo que hace a un Abogado, sino una manera de probar que se es abogado. Estamos frente a un requisito *ad probationem actus* y no a un requisito *ad sustancian actus*”. (fls. 80 y 81 C. 1).

Para resolver, se considera:

El doctor Restrepo Isaza, apoderado de la parte recurrente, prueba su condición de abogado titulado e inscrito, mediante copias autenticadas de dos certificaciones del Jefe de la División de Asistencia a la Rama Jurisdiccional, de fecha 25 de julio del año en curso, donde consta que le fué expedida la tarjeta profesional, la que se encuentra vigente, y además, que solicitó un duplicado de dicha tarjeta que se encuentra en trámite. (fols. 83 y 84).

Al momento de la presentación personal de la demanda, el doctor RESTREPO ISAZA no pudo exhibir su Tarjeta Profesional por haber sido víctima del hurto de su billetera, dentro de la cual tenía su tarjeta profesional. Como prueba de lo anterior se encuentra a folio 43, el denuncia ante la inspección Permanente de Siloé de la Policía Municipal de Cali, donde consta el extravío de sus documentos, dentro de los cuales se encontraba la Tarjeta y la Cédula de Ciudadanía.

La demanda se presentó finalmente con una petición previa, donde se solicita al Tribunal “oficiar al Ministerio de Justicia y a la Registraduría Nacional del Estado Civil a fin de que esos Organismos estatales certifiquen sobre la vigencia de mi Cédula de Ciudadanía y mi Tarjeta Profesional de Abogado, toda vez que los originales de esos documentos de identidad se me extraviaron en la ciudad de Santiago de Cali - Valle, el día 11 de junio de 1991, tal y como consta en la constancia de extravío de documentos elaborada por la Inspección permanente de Policía de Siloé, Municipio de Cali, cuya fotocopia autenticada adjunto a este escrito”. (folio 41 C. 1) Con la demanda se presentaron la constancia por extravío de documentos, expedida por la Inspección Permanente de Siloé, Policía Municipal de Cali, el Pasaporte, el Certificado Judicial y un Carnet de estudiante de Post-Grado en Derecho Penal de la Universidad Nacional, según la constancia de la Secretaría visible a folio 40. Copias de los anteriores documentos se encuentran visibles a folios 43 y 44.

La Sala precisa que se es hábil para ejercer la profesión de Abogado por voluntad del Estado, quien por intermedio de Universidades legalmente reconocidas confiere el título a la persona que cumpla todas sus exigencias, y que es posteriormente refrendado por las autoridades administrativas. La Tarjeta Profesional es simplemente un documento que sirve para probar tal calidad, pero no es el único.

En el caso que nos ocupa, el profesional del derecho JAIRO ALBERTO RESTREPO ISAZA, presentó prueba sumaria del extravío de su Tarjeta y Cédula y con una serie de documentos que sirven de indicio para probar su calidad de Abogado Titulado y ciudadano colombiano en ejercicio, presentó la demanda ante el Tribunal, solicitando de manera respetuosa que se oficiara a la Registraduría Nacional del Estado Civil y al Ministerio de Justicia, para que certificaran sus calidades. Con lo anterior es ostensible la buena fe con que obró el apoderado de la parte demandante, la cual se presume por mandato expreso del artículo 83 de la C.N. que dice:

“Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas. (Subrayas fuera del texto).

En un caso semejante esta Sección dijo:

“No se trata, como se ve, de permitir el ejercicio de la profesión de abogado a quien no es abogado inscrito, como aparece entenderlo el concepto fiscal, sino de dilucidar si la Tarjeta Profesional es requisito *ad-sustancian actus*, como parece haberlo decidido el *a-quo*.

“e) Quien es abogado inscrito, está habilitado para ejercer su profesión en todo el territorio nacional. La prueba de tal calidad la da el ser titu-

lar de una Tarjeta Profesional, distinguida con un número determinado y expedida por el Ministerio de Justicia, mediante el lleno de los requisitos legales.

“f) No puede admitirse, entonces, ningún intento de ejercer la profesión de abogado a quien no es abogado inscrito en el registro nacional de abogados como tal, titular de la tarjeta profesional respectiva, no puede oírse, a quien pretenda, fuera de las excepciones legales, que se le tenga como abogado hábil, sin tales requisitos.

“g) Pero lo anterior no quiere decir que el papel físico, el cartón con la tarjeta de leyenda profesional, sea el único medio de acreditar que se está inscrito y se es titular de una tarjeta profesional determinada.

“h) Las mismas normas dicen que presentada la tarjeta al inicio de la gestión, basta que en los memoriales se cite el número de la tarjeta, no obstante lo cual, si la tarjeta aparece suspendida o cancelada, según las circulares que periódicamente envía la autoridad competente a todos los jueces de la República, no podrá autorizar el ejercicio profesional de tal ciudadano.

“l) El que sea titular de una tarjeta profesional determinada por su número, es, pues, esencial para ejercer la profesión, pero la prueba de que tal tarjeta se expidió y está vigente, puede darse por los medios ordinarios de prueba.

“j) En el caso *sub-judice*, el Ministerio de Justicia, encargado por la ley de expedirlas, certifica que el interesado es titular de la Tarjeta Profesional Número 70 y que, por pérdida de la misma, se ha ordenado nuevamente su expedición, con lo que se acredita suficientemente que el litigante es abogado inscrito con Tarjeta Profesional”. Auto de fecha 19 de diciembre de 1986, Sección Tercera, Expediente 5182. Actor: Aníbal Orozco Cifuentes.

Obrar con el extremo rigorismo como lo hizo el Tribunal es negar, no solo el derecho de acceso a la jurisdicción a los particulares, sino también impedir el ejercicio de una profesión.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera,

RESUELVE:

PRIMERO: Se revoca en todas sus partes el auto apelado y en su lugar,

SEGUNDO: Se admite la demanda, formulada mediante apoderado, por DOMINGO ALONSO GIL VIANCHA Y OTROS, contra la Nación, Ministerio de Justicia.

Notifíquese personalmente la admisión de la demanda al señor Ministro de Justicia.

Notifíquese personalmente al señor Agente del Ministerio Público.

Fijese en lista por el término de cinco (5) días.

Reconócese como apoderado al doctor JAIRO ALBERTO RESTREPO ISAZA, como apoderado especial de la parte actora, para el proceso y en los términos del memorial poder visible a folios 1 y 2 C. 1.

COPIESE Y NOTIFIQUESE.

Se deja constancia que la providencia anterior fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de fecha 4 de diciembre de mil novecientos noventa y uno.

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

HIJO EXTRAMATRIMONIAL—Reconocimiento/LEGITIMACION POR ACTIVA

El reconocimiento es un acto personal, voluntario, solemne, expreso, unilateral, puro y simple, irrevocable, oponible *erga omnes* y declarativo. En virtud de la primera nota se predica que terceras personas distintas del padre o madre carecen de la facultad de hacerlo. De manera que ni siquiera las personas más allegadas al presunto padre podrán hacer el reconocimiento y, ni aún muerto, los herederos del mismo; en este último supuesto, debe acudirse a la vía judicial aunque las partes aparezcan de acuerdo.

PERJUICIOS MORALES A TERCEROS/DAÑO CIERTO/CONCUBINO/INDEMNIZACION DE PERJUICIOS—Titulares/HIJO EXTRAMATRIMONIAL/LEGITIMACION POR ACTIVA

La condición de “concubino” e hijos “extramatrimoniales” es declaración que no corresponde hacerla a la justicia contencioso-administrativa, pero se trata de personas que sufrieron un daño con la muerte de quien en vida les brindó cariño, afecto y ayuda económica. Para que las personas en quienes repercute el daño, causado a otra, puedan demandar indemnización, es indispensable que invoquen un interés legítimo y que el perjuicio que reclaman sea cierto y no eventual.

PRUEBA TRASLADADA/SENTENCIA DISCIPLINARIA—Valor probatorio

La copia del fallo disciplinario constituye prueba documental de excepcional importancia, no sólo porque mediante ella se infiere que el personal victimario fue sancionado disciplinariamente por su conducta ilegal e injusta. La copia del fallo en cuestión sería suficiente para eviden-

ciar la existencia de la falla del servicio. REITERACION JURISPRUDENCIAL: Sent. Oct. 9/86, exp. 3213, actor: Nadin Ospina Morales.

En igual sentido puede consultarse la sentencia de diciembre 4 de 1991, expediente 6836, actor: María Sady Hoyos de Grajales.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Santafé de Bogotá, D. C., diciembre cuatro (4) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Doctor Julio César Uribe Acosta.*

Referencia: Expediente No. 6608. Actor: Alfonso M. Rengifo y otros. Demandado: La Nación-Ministerio de Defensa.

— 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 febrero de mil novecientos noventa y uno (1991), proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, que en su parte resolutive

DISPUSO:

“PRIMERO.— DECLARAR a la Nación — Ministerio de Defensa Policía Nacional — administrativamente responsable por la muerte de la señora JULIA EMMA RENGIFO ROSERO en hechos ocurridos en la madrugada del día 13 de julio de 1987 protagonizada por Agentes de la Policía Nacional en la Vereda “La Sirena” de la ciudad de Cali,

“SEGUNDO.— Como consecuencia de lo anterior, condénase a la Nación — Ministerio de Defensa Nacional — Policía Nacional — a pagar por concepto de indemnización por perjuicios morales en concreto lo equivalente en moneda colombiana a un mil (1.000) gramos oro a cada una de las siguientes personas: ALFONSO MARIA RENGIFO, identificado con la cédula de ciudadanía número 6.066.350 expedida en Cali, ELVIRA ROSERO, cédula de ciudadanía número 31.281.659 de Cali, AGUSTIN GONZALEZ, cédula de ciudadanía número 2.530.950 de Candelaria (Valle) y a los menores de edad JOSE MIGUEL GONZALEZ RENGIFO y OSCAR EDUARDO GONZALEZ RENGIFO; Quinientos gramos (500) oro para cada una de las siguientes personas: FRANCISCO ALFONSO RENGIFO ROSERO, cédula de ciudadanía 16.720.906 de Cali, CARMEN ELVIRA RENGIFO ROSERO, cédula de ciudadanía número 31.962.806 de Cali, y a la menor de edad MAR-

THA LUCIA RENGIFO ROSERO, o a quien los represente legalmente, teniendo en cuenta el precio internacional del Oro a la fecha de esta sentencia, según certificado que expedirá en su debida oportunidad el Banco de la República.

“TERCERO.— Igualmente condénase *IN GENERE* a la Nación — Policía Nacional — Ministerio de Defensa Nacional —, a pagar por concepto de PERJUICIOS MATERIALES la suma que se determine por el procedimiento previsto en el artículo 172 del Código Contencioso Administrativo y de acuerdo con las pautas señaladas en la parte motiva de este fallo.

“CUARTO.— Esta condena deberá cumplirse en los términos de los artículos 176, 177 y 178 del Código Contencioso Administrativo.

“QUINTO.— De no ser apelada, CONSULTESE”. (fls. 138-139 — Cdn. No. 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 ALFONSO MARIA RENGIFO y ELVIA ROSERO, quienes obran en sus propios nombres y en representación de la hija menor MARTHA LUCIA RENGIFO ROSERO, lo mismo que FRANCISCO ALFONSO RENGIFO ROSERO, CARMEN ELVIRA RENGIFO ROSERO y AGUSTIN GONZALEZ también en sus propios nombres y éste último igualmente en representación de los menores JOSE MIGUEL y OSCAR EDUARDO GONZALEZ RENGIFO, presentaron por medio de apoderado ante la Corporación demanda en ejercicio de la acción de Reparación Directa y Cumplimiento contra la Nación — Ministerio de Defensa — Policía Nacional —, para efecto de que se le declare responsable civilmente de todos los daños y perjuicios, tanto morales como materiales, ocasionados a éstos por la muerte violenta de que fué objeto la señora JULIA EMMA RENGIFO ROSERO, hija natural de los dos primeros, hermana natural de los tres siguientes, compañera permanente de Agustín González y madre natural de los dos últimos, en razón de los hechos que se sintetizan en los siguientes puntos:

“1o. La señora Julia Emma Rengifo Rosero, hija menor del hogar conformado por Alfonso María Rengifo y Elvia Rosero, convivía bajo un mismo techo con éstos y sus demás hermanos Francisco Alfonso, Carmen Elvira y Martha Lucía Rengifo Rosero, cuando resolvió a partir de 1980, aproximadamente unir extramatrimonialmente su vida a la del

señor Agustín González y como fruto de estas relaciones nacieron sus hijos Oscar Eduardo, el 7 de junio de 1981, y José Miguel, el 19 de agosto de 1982, desarrollándose entre estas dos familias una extraordinaria unidad espiritual, pues todos siguieron compartiendo sus vidas en la residencia situada en la Vereda La Sirena de la ciudad de Cali.

“2o. En la noche del 12 de julio de 1987, la señora Julia Emma Rengifo Rosero estuvo con algunos familiares y amigos en la Caseta Veredal de La Sirena, donde permaneció hasta aproximadamente la 1:30 de la mañana del día siguiente 13 de julio, cuando abandonó el lugar con el grupo familiar que la acompañaba con rumbo a su hogar, encontrándose en el camino con algunos Agentes de la Policía Nacional, al parecer los mismos que minutos antes habían estado igualmente en la caseta ingiriendo bebidas embriagantes, Intempestivamente y sin que mediara palabra alguna, éstos sacaron sus revólveres de dotación oficial y procedieron a golpear al grupo de personas, siendo lanzada al suelo Julia Emma Rengifo Rosero, recibiendo en ese preciso instante un balazo en la región cervical, disparado por uno de los agentes de la Policía Nacional con su arma de dotación oficial.

“3o. Seguidamente fué recogida por los miembros de su familia que la acompañaban en esos instantes y transportada al Hospital de la ciudad con la esperanza de salvarle la vida, pero ésta ya había fallecido como consecuencia de la herida causada con el arma de fuego.

“4o. Como los Agentes de la Policía Nacional que causaron el crimen se fugaron del lugar de los hechos, algunos de los testigos se dirigieron al Cuartel de la Policía del lugar y reconocieron como autores a los Agentes GERSAIN GONZALEZ FILIGRAMA y JOSE JAIR AGUILAR MURILLO, quienes manifestaron como disculpa a su actuación, haber recibido ofensas y agresiones de las personas contra las cuales se defendieron”

“CONSIDERACIONES:

“Los señores ALFONSO MARIA RENGIFO y ELVIA ROSERO en nombre propio y de su hija menor MARTHA LUCIA RENGIFO ROSERO; FRANCISCO ALFONSO RENGIFO ROSERO, CARMEN ELVIRA RENGIFO ROSERO y AGUSTIN GONZALEZ también a nombre propio y en representación de los menores de edad JOSE MIGUEL GONZALEZ RENGIFO y OSCAR EDUARDO GONZALEZ RENGIFO, solicitan a esta Corporación que mediante el ejercicio de la acción de Reparación Directa, se hagan las siguientes declaraciones:

“1o. Que la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional –, es responsable civilmente de todos los daños y perjuicios, tanto morales,

como materiales que les fueron ocasionados con la muerte violenta de que fué víctima la señora JULIA EMMA RENGIFO ROSERO, en hechos sucedidos en el Barrio "La Sirena" de la ciudad de Cali en la madrugada del día 13 de julio de 1987, cuando un Agente de la Policía Nacional le disparó con su revólver de dotación oficial causándole grave herida en la región cervical que determinó su muerte.

"2o. Que como consecuencia de lo anterior se condene a la demandada a pagar a los actores todos los daños y perjuicios tanto morales como materiales que les fueron ocasionados con la muerte de la señora JULIA EMMA RENGIFO ROSERO conforme a la siguiente liquidación o la que se demuestre en el proceso, así:

"Veinte millones de pesos por concepto de lucro cesante, correspondientes a las sumas que la occisa dejó de producir en razón de su prematura e injusta muerte y por el resto de vida posible que le quedaba de acuerdo con la actividad a la cual se dedicaba como era la venta de alimentos y habida cuenta de su edad al momento de los hechos (23 años) y a la esperanza de vida calculada conforme a las tablas de mortalidad aprobadas por la Superintendencia Bancaria;

"Daños y perjuicios patrimoniales directos o daño emergente consistentes en gastos hechos en funerales, diligencias judiciales, honorarios de abogado, etc. que se sobrevinieron con la muerte de la señora JULIA EMMA RENGIFO ROSERO; conforme a lo que se demuestre en el proceso o en aplicación subsidiaria del artículo 107 del Código Penal;

"El equivalente en moneda nacional a mil gramos oro para cada uno de los actores por concepto de perjuicios morales, consistentes en el profundo trauma síquico que produce el hecho de saberse víctima de un acto arbitrario nacido de la falta de responsabilidad en la administración, en aplicación del artículo 106 del Código Penal, máxime cuando el hecho es cometido por autoridades armadas, que tienen como misión constitucional el velar por la vida de los asociados;

"Intereses aumentados con la variación promedio mensual del índice de precios al consumidor.

"3o. La Nación dará cumplimiento a la sentencia dentro de los 30 días siguientes, a su ejecutoria.

"Del acervo probatorio recaudado se establece lo siguiente:

"1. De acuerdo con las partidas civiles correspondientes y que obran a folios 3 a 9 del cuaderno principal, se colige que la señora Julia Emma Rengifo Rosero, quien resultó occisa en los insucesos de que da cuenta el expediente, era hija "reconocida" de los señores Alfonso María Ren-

gifo y Elvia Rosero, hermana de sangre de los señores Francisco Alfonso Rengifo Rosero, Carmen Elvira Rengifo Rosero y de Martha Lucía Rengifo Rosero; e igualmente madre de los menores Oscar Eduardo González Rengifo y José Miguel González Rengifo.

“2. De acuerdo con las declaraciones de los testigos presenciales de los hechos en los cuales resultó occisa la señora Julia Emma Rengifo Rosero los mismos se presentaron así:

“A) Declaración del Señor Francisco A. Rengifo, hermano de la occisa: “En un doce o trece de julio de 1987, estábamos mi hermana la finada de nombre Julia Emma Rosero con tres primos y un novio de mi hermana, estando nosotros en la caseta La Sirena, un señor que quiso sacar obligada a una hermana mía a bailar, como conocemos que ese señor es vicioso el novio de mi hermana se opuso a que ella bailara con él, entonces el señor agredió al novio de mi hermana, como los agentes estaban bebiendo en otras mesas, intervinieron, se llevaron al señor ...” “... fué cuando mi hermana Julia Emma Rengifo cogió al primo Jorge Wilson Vargas y él el Policía lo agredió a patadas, yo fui en medio de ellos esquivándolos porque eran nueve policías, para tratar de llegar donde mi hermana a defenderla, entonces fué cuando le pasaron el revólver al policía quien le disparó a mi hermana estando en el suelo ...”. “... al otro día por la mañana mi hermana Martha Lucía y Jorge Enrique Quimbaya fueron a reconocimiento en Cali y señalaron a los autores de la muerte de mi hermana, uno es Aguilar Murillo y otro de apellido Filigrana”. (folios 61 a 63 del cuaderno número 2 de pruebas).

“B) Declaración del señor Fernando Arteaga Rengifo, testigo presencial de los hechos y primo de la occisa: (apartes) “... Todo ocurrió el 12 de julio de 1987, eran las doce de la noche, cuando nos encontrábamos en la caseta de El pueblo, en la vereda La Sirena, en la ciudad de Cali. Estábamos Julia Emma, Francisco, Martha, Humberto, Wilson, Jorge, Amalia, y mi persona, y cuando cada uno nos retirábamos, o más bien, todos nos dirigíamos a la casa, cuando un agente de la policía, que también se encontraba en la caseta, le buscó pelea a Wilson Vargas, y como eran policías, se trató de evitar el problema. Lo digo así porque nosotros los distinguíamos, pues estaban vestidos de civil. En el momento de los hechos, yo estaba prestando servicio militar, pero también estaba de civil. Entonces, el agente me golpeó en el pecho, me dijo, deja tu joda soldadito, o vos también querés problemas. Entonces, le dije, que por qué íbamos a pelear si los dos estábamos en la misma función. En ese momento, salió un agente del montón y se avalanzó contra Julia Emma, alcándola (sic) a golpear y tirarla al suelo. Los agentes de policía, lo digo así, porque eran varios y a mí me tenían cogidos dos de ellos. Entonces, el que golpeó a Julia Emma, le pasaron un revólver y allí fué donde disparó y la mató ...” (folios 102 y 103 del cuaderno número 2 de pruebas).

“C) Declaración de la señora Luz Amalia Quimbaya Martínez, testigo presencial de los hechos en la cual manifiesta en algunos de sus apartes lo siguiente: “... entonces Julia Emma, fué la que descubrió que el amigo estaba en problemas e inmediatamente corrió hacia ese lugar y después la gente se fué aglomerando en el sitio donde estaba formado el problema. Yo me quedé parada al pie de la caseta, pero por fuera, al lado mío había un hombre alto, delgado, negro su piel. Dicha persona estaba mirando hacia el sitio del problema; entonces descubrió que allí había un amigo suyo e inmediatamente sacó un revólver y corrió hacia el lugar de la discusión (sic) se lo pasó al amigo de él, no sé por qué motivo Julia Emma cayó al suelo, alguien la empujó, fué cuando el señor que tenía el revólver en la mano, le disparó a ella ...”. Más adelante agrega: “La gente gritaba que eran policías”. “... Posteriormente llegaron unos agentes al Hospital anfiteatro y nos llevaron al reconocimiento de esos dos tipos que mataron a Julia Emma, pues ellos estaban en la Estación de Policía de Siloé o mejor dicho de la Sirena. Inmediatamente llegamos a ese lugar, no dudamos en ningún momento en que ellos habían sido los que dispararon a Julia ...”. “Inmediatamente nos dimos cuenta de que eran agentes de la policía vestidos de civil, pues más antes los habíamos visto vestidos de policía” (folios 104 a 106 del cuaderno número 2 de pruebas).

“Las declaraciones de los señores José Libardo Guzmán Velasco y Yolanda Ordóñez de Guzmán en cuanto hace referencia a los hechos en los cuales resultó occisa Julia Emma Rengifo, no se toman en cuenta por cuando fueron sólo “de oídas”.

“De acuerdo con la Necropsia Médico Legal practicada a Julia Emma Rengifo Rosero ésta falleció a consecuencia de “La lesión de la médula espinal producida por un (1) proyectil de arma de fuego” (folios 2 a 5 del cuaderno número 2 de pruebas).

“4. El informe remitido por el Comandante del Escuadrón de Carabineros MECAL del Departamento de Policía de Cali al Juez Tercero de Instrucción Criminal se anotó entre otros aspectos los siguientes:

“POSIBLES IMPLICADOS: Los Agentes GONZALEZ FILIGRAMA JERSAIN con placa No. 89468 y AGUILAR MURILLO JOSE JAIR con placa No. 91983, los cuales fueron puestos a disposición del señor Juez después del reconocimiento y quedando arrestados en el Escuadrón de Carabineros”.

“ARMAS Y MEDIOS UTILIZADOS: Revólver SMITH WESON, calibre 38 largo, cachas de madera, número externo ADP-6510 y de dotación oficial el cual quedó en la Guardia del Escuadrón de Carabineros” (folios 5 y 6 del cuaderno número 3 de pruebas).

"5. En el cuaderno número tres de pruebas aparecen a folios 7 y ss. todas las piezas actuariales de la investigación administrativa que la Policía Metropolitana de Cali adelantó contra los agentes González Filigrana Jersain y Aguilar Murillo José Jair por los hechos en los cuales aparecían implicados y que concluyó con la separación en forma absoluta de los mismos por haberse encontrado que habían sido los promotores de una riña que se "presentó en la Caseta La "Sirena" con unos particulares, haciendo uso del arma de dotación oficial, encontrándose en estado de alicoramiento, en donde resultó muerta la mujer JULIA EMMA RENGIFO, no efectuar el procedimiento de acuerdo a las normas institucionales como era la de retener a los revoltosos y conducirlos hasta la Estación de Carabineros, prestarle los primeros auxilios a la dama que había sido herida, sino que obtaron (sic) por salir corriendo (sic) e informaron de los hechos una hora después de ocurrido el insuceso ...".

"6. A folio 2 del referido cuaderno número 3 de pruebas aparece la siguiente constancia expedida por la Comandancia del Escuadrón de Carabineros:

"Que el día de los hechos según informaciones de los compañeros en mención se encontraban francos, llevaban armamento de dotación oficial (revólver); el Ag. GONZALEZ FILIGRAMA GERSAIN portaba el revólver No. 6510 y el Ag. AGUILAR MURILLO JOSE JAIR, revólver No. 6493. Es de anotar que los mencionados agentes portaban el armamento desde el 26.04-87, del cual se hizo entrega el 13-07-87 siendo las 08:00 horas con la munición completa".

"7. Según las constancias de prestación de servicios que aparecen a folios 24 a 32 del cuaderno número 2 de pruebas, el Agente de la Policía Nacional Aguilar Murillo José Jair ingresó al servicio de la Policía Nacional el 1o. de noviembre de 1985 y fué retirando en forma absoluta el 23 de marzo de 1988; y el Agente González Filigrana Jersain ingresó el 1o. de noviembre de 1983 y separado en forma absoluta del servicio el 23 de marzo de 1988.

"8. Según constancia expedida por la Administración de Impuestos Nacionales las siguientes personas no declararon renta durante los años de 1985 y 1986; Julia Emma Rosero Rengifo (sic), Alfonso María Rengifo, Elvia Rosero, Francisco Alonso Rengifo Rosero, Carmen Elvira Rengifo Rosero y Agustín González. (folio 56 del cuaderno principal).

"9. Según la declaración rendida por el señor José Libardo Guzmán Velasco la ocupación de la occisa era el expendio de comida al público "Julia Emma era muy trabajadora y conocida por los sancochos de gallina que hacía cada ocho días, vivía al frente de una pesebrera La Prima-

vera, donde muchos caballistas van a montar y lógicamente iban a pasear y arrimaban al frente a la casa a mandar a hacer los sancochos de gallina", y acerca de los posibles ingresos que aquella tenía manifestó: "yo creo que más o menos tendría un promedio de unos sesenta mil pesos mensuales" (folios 68 y 69 del cuaderno número 2 de pruebas).

"De acuerdo con la declaración de la señora Yolanda Ordóñez de Guzmán: "ella vivía al frente de una caballeriza y como es una parte muy turística le encargaban comidas, fritanga, expendía refrescos"; y acerca de los posibles ingresos que la occisa tenía manifestó: "En razón de la compra que ella hacía en mi negocio, sus ingresos podrían ser de cincuenta y cinco mil a sesenta mil pesos, ellos los destinaba para los gastos, inclusive allí estaba construyendo una casa con dineros de ella, lo mismo que para la manutención de sus hijos (sic), padres y hermanos" (folios 69 y 70 del cuaderno número 2).

"Según la declaración rendida por la señora Luz Amalia Quimbaya Martínez, los ingresos de la difunta eran "gancias (sic) que percibía (sic) Julia Emma, por concepto de los trabajos mencionados anteriormente, tenían un valor aproximado de unos cien o ciento veinte mil pesos mensuales, los cuales eran destinados exclusivamente para el sustento de sus hijos y ayudaba también a su resto de familia y lo demás lo invertía en surtir su negocio de fritanga" (folios 104 106 cuaderno número 2).

"10. En cuanto a la relación que tenía la occisa con el padre de sus dos hijos, son claras las declaraciones en advertir que su compañero permanente era el señor AGUSTIN GONZALEZ. "Ella vivía en unión libre con el señor Agustín González. De esa unión hubo dos hijos de nombres Oscar Eduardo y José Miguel González Rengifo", más adelante agrega que "ellos sí vivían todos en una misma casa". Apartes de la declaración del señor Fernando Arteaga Rengifo. (folios 102 y 103 del cuaderno número 2).

"En cuanto a las relaciones entre la occisa y sus familiares, la señora Luz Amalia Quimbaya Martínez en su declaración se refirió así: "Me consta personalmente que tanto Julia Emma Rengifo, sus padres, sus hermanos, su compañero y los de este último con la difunta, vivían bajo un mismo techo, en el corregimiento de la Sirena y sus relaciones familiares y conyugales, eran muy buenas, todos se comprendían (sic), todos se colaboraban, entre sí, es decir era una sola familia muy unida, siendo la cabeza de ese hogar Julia Emma Rengifo, por cuanto era la que más trabajaba, más aportaba económicamente y también moralmente en el sustento del hogar ..." (folios 105 cuaderno número 2)

“11. Según el certificado de defunción que aparece a folio 9 del expediente, la señora Julia Emma Rengifo falleció el día 13 de julio de 1987 como consecuencia de una herida cervical por proyectil de arma de fuego y su muerte fué certificada con el doctor Armando Cortez.

“De los documentos arriba relacionados queda en claro que la muerte de la señora Julia Emma Rengifo Rosero se produjo en hechos acaecidos en la madrugada del día 13 de julio de 1987 en el sitio denominado “La Sirena”, establecimiento público donde al parecer se podía bailar e ingerir bebidas alcohólicas, encontrándose la referida señora momentos antes de que fuera herida departiendo animadamente en compañía de los amigos y familiares con quienes había concurrido al sitio, cuando uno de tales acompañantes tuvo un altercado con algunos de los asistentes al mismo sitio y que resultaron ser Agentes de la Policía Nacional que en tales momentos se hallaban disfrutando de franquicia, razón por la cual se encontraban vistiendo trajes de civil. Tales representantes del orden no obstante el porte de sus armas de dotación oficial, se dedicaron al consumo excesivo del licor, situación que tal vez propició el enfrentamiento con los acompañantes de la occisa y que hizo que ésta interviniera en ayuda de ellos, con tan mala suerte que fué alcanzada por unos de los proyectiles disparados por los agentes, causándole en su humanidad heridas de tal gravedad que causaron su desafortunado deceso. Luego de que se presentaron los hechos, sus autores según se establece de los testimonios recaudados, se alejaron del lugar prontamente, sin prestar el correspondiente auxilio a la señora lesionada, presentándose luego en la Comandancia de Carabineros a prestar su correspondiente turno haciendo manifestación expresa de que habían tenido los referidos agentes un problema en “La Sirena” cuidándose de mencionar que de tales hechos había resultado una persona herida.

“Corresponde frente a los hechos relacionados determinar el sistema de responsabilidad que podría aplicarse. Si se toma en cuenta el hecho de que la lesión que produjo la muerte a la señora Julia Emma Rengifo Rosero fué ocasionada con un arma de dotación oficial podría de inmediato deducirse que el más apropiado es el de Responsabilidad por falla del servicio presunta, tal como jurisprudencialmente se ha aceptado por ese sólo hecho. Sin embargo, dadas las características que rodearon los hechos y que serán analizados a continuación, también podría ser viable la aplicación del sistema de Responsabilidad General por falla del servicio, y así se hará en este proceso.

“Es necesario establecer si los tres elementos esenciales para que exista responsabilidad por parte del Estado, como son, la existencia de un hecho constitutivo de la falla o falta del servicio; el daño o perjuicio sufri-

do por los actores; y una relación de causalidad entre la falla o falta de la Administración y el daño, se dan o no en el presente caso.

“En el caso de autos la falla del servicio consistió no sólo en el hecho de que los agentes del orden pese a que se encontraban en franquicia portaran sus armas de dotación oficial, sino en el hecho de que los citados agentes se olvidaron de su condición y se dedicaron a ingerir copiosamente bebidas embriagantes. La entidad demandada a cuyo servicio se encontraban los sujetos autores de los hechos, tiene el deber general de cuidar que el personal a su cargo que salga a disfrutar de los descansos reglamentarios no lleven consigo sus armas de dotación oficial. De otra parte, si bien tales personas durante el tiempo que disfrutan de su descanso pueden utilizar e invertir su tiempo en lo que deseen no por ello deben olvidarse que ostentan una investidura pública de agentes del orden, calidad que siempre los acompañará no obstante que no porten los uniformes correspondientes, tanto es así que en cualquier momento sólo por el hecho de su investidura podrán hacer uso de sus facultades que la ley les asigna en materia de control de orden público cuando se requiera no importando que se hallen en franquicia siempre que las ejerzan de forma justa. En el caso sub-júdice los Agentes González y Aguilar actuaron no sólo desmesuradamente sino arbitrariamente pues no tenían el derecho para lesionar injusta y desproporcionadamente a una persona indefensa. Además debe advertirse que según se colige de las pruebas testimoniales ninguno de los presentes portaba arma alguna o por lo menos no hizo uso de ellas en contra de los mencionados agentes agresores.

“Existe el daño, el cual lo constituye la muerte desafortunada de la señora Julia Emma Rengifo producida con arma de dotación oficial por dos agentes del orden. La relación de causalidad entre el hecho productor de la falla del servicio y el daño producido es irrefutable y claramente evidenciable pues probado está que la muerte se causó exclusivamente por las lesiones que le fueron producidas por los proyectiles disparados por los agentes.

“Es incuestionable pues la falla del servicio si se tiene en cuenta además que la misma Policía Metropolitana de Cali decidió separar en forma definitiva a los Agentes Jersain González Filigrana y José Jaír Aguilar Murillo, por haberlos encontrado, previa investigación, responsables de los hechos que causaron la muerte a la señora Julia Emma Rengifo Rosero.

“De acuerdo con la Doctrina y la Jurisprudencia, la responsabilidad que pueda ser atribuible a las entidades públicas, es de anotar que ellas pueden exonerarse, si demuestran, la existencia de una fuerza mayor o caso fortuito, la culpa exclusiva de la víctima y el hecho de un tercero.

“En el caso en análisis la entidad demandada ni alegó, ni mucho menos probó algunas de tales causales o condiciones exonerativas de responsabilidad. Por ende, deberá en consecuencia declararse, a la Nación, Ministerio de Defensa Policía Nacional, responsable administrativamente por la muerte violenta de la señora Julia Emma Rengifo Rosero ocurrida a manos de agentes de la Policía Nacional.

“En cuanto a los perjuicios solicitados se tiene lo siguiente:

“**PERJUICIOS MORALES:** Estos serán reconocidos a favor de los hijos de la occisa, pues el dolor por la pérdida de su madre es incuestionable y además se presume, a razón de un mil gramos (1.000) oro para cada uno. Asimismo, serán reconocidos para los padres de la occisa, en igual monto para cada uno de ellos. Además, dado que dentro del proceso se probó no sólo a través de prueba testimonial sino por otros medios, la calidad de compañero permanente de la occisa del señor AGUSTIN GONZALEZ, se presume también que el dolor por la pérdida de su compañera fué intenso, razón por la cual también se ordenará el reconocimiento a su favor de un mil (1.000) gramos oro. En cuanto a los hermanos de sangre de la referida señora Rengifo Rosero, de la forma como la jurisprudencia nacional lo ha venido aceptando, su dolor también se presume siempre que se pruebe su convivencia con la víctima y los lazos de cariño filial que entre ellos existía. En el proceso fueron probadas tales circunstancias en forma fehaciente a través de varios testimonios rendidos por personas ajenas a la familia y que ofrecen serios motivos de credibilidad, tales como los que se condensan a folios 67 y s.s. Por tal razón se ordenará para cada una de las personas que fueron acreditadas dentro del proceso como hermanos de la occisa, a razón de Quinientos (500) gramos oro para cada uno de ellos.

“**PERJUICIOS MATERIALES:** En relación con la pretensión que hace referencia con tales perjuicios debe anotarse lo siguiente:

“ – Se solicita por daño emergente una suma equivalente a los gastos hechos en funerales, diligencias judiciales, honorarios de abogado y demás, pero la Sala observa que por parte alguna del proceso se encuentren probados tales pedimentos, motivo por el cual no serán reconocidos.

“ – Se solicita además el reconocimiento de sumas por concepto de lucro cesante para los actores, equivalente a los valores que la occisa dejó de producir de acuerdo con la actividad a la cual se dedicaba y al tiempo de vida probable que le quedaba según la esperanza de vida calculada conforme a las tablas de mortalidad aprobadas por la Superintendencia Bancaria. Sobre el particular se advierte, que de acuerdo con los testimonios recaudados se estableció claramente que la señora Julia

Emma Rengifo Rosero en vida derivaba su sustento de la fabricación y venta de comidas al público, pero no sucede lo mismo con los ingresos que percibía la señora Rengifo Rosero mensualmente por la ejecución de tales menesteres, pues las declaraciones reportan sumas diferentes que ni siquiera se aproximaron unas a otras.

“ – De otra parte, tampoco se probó en forma alguna que tanto los padres de la difunta como sus hermanos fueran completamente sostenidos económicamente por aquélla o si era parcial en qué proporción lo hacía.

“ – Igualmente, sí el mantenimiento de su compañero permanente corría en su totalidad por la occisa o si era parcial, en qué cantidad.

“Por ello, tales perjuicios sólo podrán ser reconocidos a favor de sus dos hijos, los menores José Miguel González Rengifo y Oscar Eduardo González Rengifo, en cuya manutención se presume la señora Rengifo Rosero invertía sus ingresos.

“Además es de anotar, que aunque no se probó en debida forma la supervivencia probable de la occisa, ello no es necesario pues, las sumas por perjuicios materiales que aquí se ordenan a favor de sus hijos, sólo serán devengados por éstos hasta cuando adquieran su mayoría de edad.

“Por lo anteriormente expresado, se condenará en abstracto al pago de perjuicios materiales, para que se liquiden sobre las siguientes bases:

“1.— Se establecerá pericialmente el monto de los ingresos de la señora Julia Emma Rengifo Rosero por la época de su fallecimiento, teniendo en cuenta la actividad que desarrollaba y de la cual derivaba su sustento y que fué probada en el presente proceso. En caso de no demostrarse los ingresos mencionados, se tendrá en cuenta el salario mínimo vigente en la época del deceso, descontando un 25% que se presume dedicaba la occisa para su propia subsistencia.

“2.— Los ingresos así establecidos se dividirán en dos partes iguales entre los hijos de la señora Julia Emma Rengifo Rosero, acreditados como tales dentro del proceso, con la salvedad que la liquidación se extenderá hasta cuando los menores lleguen a la mayoría de edad.

“3.— La condena se actualizará con la fórmula aceptada por la jurisprudencia del H. Consejo de Estado, tomando como base los certificados del Departamento Nacional de Estadística “DANE”, en el período comprendido entre la fecha del daño, es decir, 13 de julio de 1987, y la fecha de ejecutoria de esta sentencia. Para este defecto, la indemnización se liquidará así:

$$Ra = R \frac{\text{Indice final}}{\text{Indice inicial}}$$

“DONDE: Ra = Valor que se busca

“R = Valor histórico que se actualiza

“IF = Indice final

“Ii = Indice inicial

“En este caso:

$$Ra = \frac{\text{Indice fecha ejecutoria del fallo}}{\text{Indice 13 de julio de 1987}}$$

“La indemnización comprenderá dos períodos así:

“El período vencido, consolidado o causado, que se cuenta desde el día de la muerte (13 de julio de 1987), hasta la fecha de ejecutoria de esta sentencia, con la aplicación de la siguiente fórmula:

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

“DONDE:

“S = Suma o indemnización que se busca

“Ra = Renta mensual actualizada (según fórmula tomando como base los certificados del DANE.

“i = Interés puro o técnico del 6% anual o 0.4867 mensual. Como se trabaja con uno y no con 100, en la fórmula éste se representa como 0.004867.

“n = Mensualidades que comprende el período indemnizatorio.

“Ahora, el período futuro anticipado, se cuenta desde el día siguiente al de la ejecutoria del fallo, hasta el término de la mayoría de edad de los beneficiarios y la liquidación se hará con base en la siguiente fórmula:

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

“DONDE:

“S = Valor indemnización

“Ra = Renta actualizada (según fórmula para la actualización de la condena – Certificado – del DANE –).

“i = Interés del 6% anual o 0.4867 mensual. Como se trata (sic) con 1 y no con 100, en la fórmula este interés se representa como 0.004867, cuando se liquida con meses. Si la liquidación se hace con años, el interés es del 0.06.

“n = Número de meses o años que se liquidan (De vida probable).

“4.– Las cantidades así concretas devengarán intereses comerciales dentro de los seis meses siguientes a la ejecutoria de este fallo y moratorios después de este término”. (Fls. 126 – 138 Cdno. No. 1).

– II –

VISTA FISCAL

La Fiscal Octava de la Corporación, Dra. MARIA STELLA PEÑA DE MENDEZ, en su concepto de fondo,

OBSERVA

“Coincide la Fiscalía con el H. Tribunal, que se comprobó la falla en el servicio; pues el acervo probatorio que obra en el proceso, da certeza, de como ocurrieron los hechos en los cuales perdió la vida la señora Julia Emma Rengifo Rosero en la madrugada del 13 de julio de 1987, en la vereda La Sirena en el Municipio de Cali, e igualmente, que el arma que disparó es de dotación oficial y era portada por el agente: Gersain González Filigrana.

“En efecto, al folio 9 del cuaderno principal, se encuentra fotocopia autenticada del acta de defunción de Julia Emma Rengifo Rosero.

“La necropsia practicada a ésta, da cuenta que falleció como consecuencia de: “Lesión de la médula espinal producida por un proyectil de arma de fuego (fls. 2 a 5 Cdno. Principa)”.

“Se encuentra igualmente acreditado, que los implicados en los hechos que originaron este proceso, fueron los agentes Gersain González Filigrana y José Jair Aguilar Murillo quienes se encontraban en franquicia portando sus armas de dotación oficial, ingiriendo bebidas embria-

gantes, siendo el primero de ellos quien disparó sobre Julia Emma, y que fueron sancionados por los mismos y retirados en forma absoluta del servicio el 23 de mayo (sic) de 1988 (Fls. 2, 5 y 6 Cuad. No. 3 y Fls. 24 a 32 Cuad. No. 2).

“En cuanto a los perjuicios en que condenó el H. Tribunal a la Policía Nacional, la Fiscalía los comparte en su integridad.

“Mórales: Aparece plenamente acreditado con prueba documental eficaz, el parentesco, de los menores hijos de la occisa y el de sus padres y hermanos y con prueba testimonial convincente que el señor Agustín González fué compañero permanente de aquélla.

“Materiales: fué atinada la decisión del Tribunal, en reconocer sólo en esta clase de perjuicios a los hijos de Julia Emma, pues aparece claramente demostrado que la occisa velaba por la subsistencia de aquellos, pero no que ayudaba económicamente a sus padres, hermanos y compañero; igualmente que la condena se haga *in genere* ya que no aparece demostrado en el proceso con precisión el monto de las entradas de la víctima.

“Por lo explicado, la Fiscalía solicita comedidamente al H. Consejo de Estado – Sección Tercera – la confirmación de la sentencia consultada”. (fls. 148 – 149 Cdno. No. 1).

– III –

CONSIDERACIONES DE LA SALA

A) La sentencia proferida por el *a-quo* será confirmada, aunque con algunas precisiones de alcance jurídico y también económico, por las razones que más adelante se precisarán.

En el *sub-lite* quedó debidamente probada la falla del servicio. Para llegar a esta verdad jurídica basta recordar que en providencia del diecisiete (17) de noviembre de mil novecientos ochenta y siete (1987), originaria del Comandante de la Policía Metropolitana Santiago de Cali, se acogió el concepto emitido por el oficial investigador, en el sentido “... de solicitar ante la Dirección General de la Policía Nacional, sean separados en forma absoluta de la Institución por causal de mala conducta a los AGENTES GONZALEZ FILIGRAMA GERSAIN ... y AGENTE AGUILAR MURILLO JOSE JAIR... por infringir el Reglamento disciplina y honor en su Título III, capítulo II, artículo 125 ... consistente en *ser los promotores de una riña que se ocasionó en la caseta La Sirena, resultando muerta la mujer JULIA EMMA RENGIFO, con el revólver de dotación oficial perteneciente al primero de los nombrados ... además no efectuaron el procedimiento acorde a las normas*

institucionales y estar comprometidos seriamente en materia penal ya que el Juez 16 de Instrucción Criminal les dictó medida de aseguramiento auto de detención por el delito de homicidio. Hechos sucedidos el 13 de julio de 1987 en el corregimiento de la Sirena". (Subrayas de Sala).

En los considerandos del referido proveído se destaca muy bien el universo de la falta cometida, al precisar:

"Analizadas todas y cada una de las diligencias que se le adelantaron a los Agentes GONZALEZ FILIGRAMA GERSAIN y AGUILAR MURILLO JOSE JAIR, se puede ver claramente que para el día 13 de julio del presente año, los citados agentes se encontraban en traje de civil y con franquicia divirtiéndose en la caseta la Sirena ubicada en el corregimiento del mismo nombre, portando revólver de dotación oficial e ingiriendo bebidas embriagantes como así lo confirman los mismos inculpados al manifestar que se estaban tomando unas cervezas y bailando y que en dicho lugar benden (sic) aguardiente, el cual se presentó una riña iniciada por el AG. AGUILAR MURILLO ya que golpeó al particular Wilson Vargas, como a Jorge Enrique Quimbaya con la cacha del revólver para luego pasárselo al AG. GONZALEZ FILIGRAMA que por su estado de alicoramiento iniciaron una pelea resultando muerta la dama JULIA EMMA RENGIFO recibiendo un impacto en la boca; que al notar que habían herido a una persona salieron corriendo desconociendo totalmente sus funciones como Policía que era la de evitar el problema y solucionarlo además los inculpados afirman que se encontraban con cuatro agentes más, razón más que suficiente para que encararan y condujeran a los revoltosos a la Estación más cercana que era Carabineros, pero lo único que hicieron fue tratar de evadir la responsabilidad para que todo quedara en la impunidad sin importarle el sentimiento humano ya que había una persona herida que solicitaba la protección y la asistencia médica de inmediato lo que no hicieron los inculpados en el presente informativo, su único pretexto (sic) era que no tenían a donde guardar el armamento que le habían dado como dotación por tal motivo lo llevaban a lugares no acordes a la categoría policial, ya que el establecimiento denominado caseta la "Sirena" no es más que una radama que no brinda ninguna seguridad para las personas que lo frecuentan así lo afirma su administrador el señor Arbey Adarbe Sarasty y los Cds. inmediatos de los procesados afirman que para cada servicio se les daba instrucciones relacionadas con el uso de las armas como la defensa personal. Tienen un tanto por ciento de responsabilidad por la muerte de Julia Emma Rengifo que el Juez 16 de Instrucción Criminal les dictó auto de detención por el delito de homicidio lo que se demuestra con lo anterior que si violaron las normas del reglamento disciplina y honor para la Policía Nacional en las faltas constitutivas de mala conducta". (fls. 155 Cdo. No. 3).

Sobre el mérito probatorio que tienen los fallos disciplinarios, la Sala reitera la pauta jurisprudencial que fijó en sentencia de 9 de octubre de mil novecientos ochenta y seis (1986), Expediente No. 3213. Actor Nadin Ospina Morales, en el cual se discurrió dentro del siguiente temperamento:

“ ... la copia del fallo disciplinario constituye prueba documental de excepcional importancia, no sólo porque mediante ella se infiere que el personal victimario fué sancionado disciplinariamente por su conducta ilegal e injusta, por fuera de los cánones del buen servicio, que ese personal estaba adscrito a la Policía Nacional y que cuando causó la tragedia estaba en misión de servicio. *Para la Sala, la copia del fallo en cuestión sería suficiente para evidenciar la existencia de la falla del servicio, porque la decisión pidió la destitución de los miembros de la Policía que efectuaron el operativo, precisamente porque en forma ilegal, so pretexto de un allanamiento, prolongado irregularmente ejercieron sus funciones con el saldo trágico que se dejó expuesto ...*” (Subrayas de la Sala).

B) En el *sub-lite* quedó debidamente probado que ALFONSO MARIA RENGIFO es el padre natural de la finada JULIA EMMA RENGIFO ROSERO, pues la reconoció como tal en el Acta de Registro de nacimiento. Se demostró, igualmente, que FRANCISCO ALFONSO, CARMEN ELVIRA y MARTHA LUCIA RENGIFO ROSERO, son hermanos naturales de la víctima, pues fueron reconocidos por el padre en Escritura No. 6076 pasada ante el Señor Notario Segundo del Círculo de Cali. Esta realidad, unida a la circunstancia de que se probó el afecto que los hermanos demandantes FRANCISCO ALFONSO, CARMEN ELVIRA y MARTHA LUCIA RENGIFO ROSERO tenían por la occisa JULIA EMMA RENGIFO ROSERO, llevan a la Sala a confirmar la condena que por perjuicios morales hizo el *a-quo* en favor de éstos. También la que favoreció al padre natural señor ALFONSO MARIA RENGIFO.

C) En relación con las condenas que el sentenciador de instancia hizo en favor de AGUSTIN GONZALEZ (compañero de la víctima) y de JOSE MIGUEL y OSCAR EDUARDO GONZALEZ RENGIFO, la Sala encuentra que éstos dos últimos no demostraron su calidad de hijos extramatrimoniales, pues la madre no aparece reconociéndolos como tales. Por ello, a tal título, no puede confirmar la condena que a su favor hizo el *a-quo*.

En este particular la Sala reitera la pauta jurisprudencial que fijó en sentencia de 13 de junio de 1991, Expediente No. 6300, Actor ALBERTO RINCON SUAREZ, 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 de 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 reconocimiento de hijos extramatrimoniales es irrevocable y que en el 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 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” (Fols. 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, cambió 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 importante el hijo que afirme tener 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 fué impugnada la paternidad legítima y ésta fué acogida.*

“e. De ahí que conforme al artículo 75 de la Ley 153 de 1887, en concordancia con el artículo 335 del C.C.A., 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 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 (sic) 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 recalado, 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”. (Subrayas de la Sala).

En esta materia la Corporación recuerda que el reconocimiento es un acto PERSONAL, VOLUNTARIO, SOLEMNE, EXPRESO, UNILATERAL, PURO Y SIMPLE, IRREVOCABLE, OPONIBLE ERGA OMNES Y DECLARATIVO. En virtud de la primera nota se predica que terceras personas distintas al padre o madre carecen de la facultad para hacerlo, pues como lo recuerda el Profesor Gustavo León Jaramillo “Mal haría persona diversa en obligar a otra a un reconocimiento “que verse sobre hechos que produzcan consecuencias jurídicas adversas al confesante o que favorezcan a la parte contraria” (C. de P.C. art. 195, Nral. 3o.). De tal manera que ni siquiera las personas más allegadas al presunto padre podrán hacer el reconocimiento y, ni aún muerto, los herederos del mismo; en este último supuesto, debe acudir a la vía judicial aunque las partes aparezcan de acuerdo” (Derecho de Familia y de Menores. Editorial Universidad de Antioquia. 1991. pág. 292).

Al desatar el universo de la SOLEMNIDAD, este mismo tratadista recuerda:

“Las exigencias legales a propósito del reconocimiento hacen llegar a tenerse como un acto de formalidades esenciales, a tal punto *QUE SIN LA SOLEMNIDAD EL ACTO NO EXISTE*: Se requiere una formalidad “*ad substantiam actus*”, y no meramente “*ad probationem*”. En el reconocimiento la solemnidad se confunde con el acto; si existe duda acerca de la presencia o no de la solemnidad, en la mayoría de las veces habrá de eliminarse porque no existe el reconocimiento y será menester acudir al juicio de paternidad ...” (Obra citada, Págs. 295 y ss.)

En este momento del discurso se recuerda que el reconocimiento puede hacerse de cuatro maneras, a saber:

- a) En el Acta de nacimiento;
- b) Por Escritura Pública;
- c) Por Testamento; y
- d) Declaración ante juez.

Al referirse al establecimiento de la maternidad, el tratadista en antes citado, agrega:

“La fijación de la maternidad y de la paternidad, tiene sistemas idénticos: el reconocimiento y la declaración judicial. *A la maternidad le pertenece uno exclusivo: La presunción de natural, por la efectividad del parto, referido a mujer soltera o viuda y con aplicación de normas generales y especiales* (Véase artículo 1o. ley 45 de 1946) (Artículo 220 C.C.).

D) No obstante lo que se deja expuesto, la Sala encuentra que AGUSTIN GONZALEZ vivía con JULIA EMMA RENGIFO ROSERO, y ésta hacía lo propio, con los pequeños JOSE MIGUEL Y OSCAR EDUARDO GONZALEZ RENGIFO, como lo declararon dentro del proceso FERNANDO ARTEAGA RENGIFO, LUZ AMALIA QUIMBAYA MARTINEZ y JOSE LIBARDO GUZMAN VELASCO. La occisa, atendía también a las necesidades económicas de los pequeños, proporcionándoles techo y sustento, realidad fáctica que explica que a la luz de la ley y el derecho y también de la equidad, se tengan, no como “concubino”, el primero, e hijos “extramatrimoniales” los segundos, pues esa declaración no corresponde hacerla a la justicia contenciosa administrativa, pero sí como personas que sufrieron un DAÑO con la muerte de quien en vida les brindó cariño, afecto y ayuda económica. En este particular se recuerda que para que las personas en quienes REPERCUTE el daño, causado a otra, puedan demandar indemnización, es indispensable que invoquen un INTERES LEGITIMO y que el perjuicio que reclaman sea CIERTO y no EVENTUAL. Pues como lo recuerda muy bien el Profesor Arturo Alessandri Rodríguez, “... no es necesario que sean herederos y ni siquiera parientes de la víctima directa. Su acción no deriva de ésta, les pertenece por derecho propio en razón del daño sufrido personalmente y la ley sólo atiende al hecho de haber sido perjudicadas y no a la naturaleza del vínculo que las liga con ella ... Por consiguiente, en el caso de muerte de una persona a consecuencia de un delito o cuasidelito, pueden demandar indemnización no sólo aquellos a quienes el difunto daba alimentos o socorría en virtud del artículo 321 C.C. (4), sea espontáneamente (1) o por sentencia judicial, como el cónyuge (2) ... sus descendientes legítimos ... sus ascendientes legítimos ... sus hijos naturales ... sino también *LOS QUE PERMANENTEMENTE Ó HABITUALMENTE VIVIAN A EXPENSAS DEL DIFUNTO O RECIBIAN DE EL AUXILIOS PECUNIARIOS AUNQUE FUERA POR MERA LIBERALIDAD, como un pariente (2) o un extraño (3) que no se halle en ninguno de los casos del art. 321, su padre ilegítimo (4), UN HIJO ILEGITIMO CUYA FILIACION NO HA SIDO ESTABLECIDA CON ARREGLO AL Art. 280 (5), el contratante para quien la muerte del otro contratante hace imposible el cumplimiento de la obligación contraída por éste en su favor, lo que ocurrirá de ordinario en los contratos intuitu personae, siempre que ese incumplimiento le irroque perjuicio, como sería el caso de un empresario que hubo de suspender el espectáculo en que*

actuaría un artista notable por haber sido muerto por un vehículo, el socio a quien la muerte de su consocio le causa daño en los negocios sociales". (De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil. Tomo II. Imprenta Universal, 1987, Pág. 458 y ss.).

La Sala desea dejar en claro, sí, que en circunstancias como la que se deja analizada, la prueba de que el tercero sufrió un DAÑO tiene que tener fuerza de convicción, pues la informalidad con que se suele litigar y probar, hace imposible, en muchos casos, que el juez pueda administrar adecuada justicia. El sentenciador colombiano no puede moverse con los parámetros que utilizaba el buen juez MAGNAUD ni darle entrada a la escuela libre de interpretación del derecho.

A la luz de la filosofía jurídica que se deja expuesta, la Sala confirmará la condena que el *a-quo* hizo por perjuicios morales en favor de AGUSTIN GONZALEZ y de JOSE MIGUEL y OSCAR EDUARDO GONZALEZ RENGIFO. También la que se hizo por perjuicios materiales en favor de los dos últimos. Respecto a las pautas que se deben seguir para liquidar la condena en abstracto, se agrega que el incidente deberá formularse dentro de los sesenta (60) días siguientes a la notificación del auto que dicte el *a-quo* ordenando cumplir lo dispuesto por el *ad-quem*, debiéndose seguir el procedimiento establecido en el artículo 137 del C. de P. Civil.

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 siete (7) de febrero de mil novecientos noventa y uno (1991), proferida por el Tribunal Administrativo del Valle, dentro del proceso del rubro, con la adición de que el incidente para la liquidación de la condena en abstracto, por perjuicios materiales, deberá formularse dentro de los sesenta (60) días siguientes a la notificación del auto que dicte el *a-quo* ordenando cumplir lo dispuesto por el *ad-quem* y que deberá tramitarse con sujeción a lo preceptuado en el artículo 137 del C. de P. Civil.

SEGUNDO: Ejecutoriada esta sentencia, devuélvase el expediente al tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE.

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

ACCION DE REPARACION DIRECTA/CADUCIDAD/DEMANDA—Presentación

No puede ser igual, ni recibir similar tratamiento procesal, el que la demanda arribe al Tribunal competente porque la parte actora deje vencer el término que la ley le otorga para accionar, a que llegue por remisión del Consejo de Estado, en donde equivocada pero portunamente la accionante la había presentado. Dicho de otra manera, en este caso se accionó en tiempo, aunque equivocadamente ante juez que no era el competente.

RESPONSABILIDAD POR RIESGO/TEORIA DEL RIESGO

La Sala analiza lo sucedido bajo la óptica de la teoría del riesgo y no de la falla del servicio. Obedece lo anterior a que realmente no aparece demostrado suficientemente en el caso que se examina cuál fué la causa jurídica del accidente y se ignora el por qué del desprendimiento del cable de conducción de energía eléctrica. Precisamente esa inseguridad en este tipo de accidentes ha llevado a la Sala, en distintas oportunidades a la aplicación de la teoría del riesgo con miras a que la víctima sin cuya culpa ha resultado lesionada, no quede huérfana de reparación patrimonial.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Santafé de Bogotá, D. C., doce (12) de diciembre de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Daniel Suárez Hernández.*

Referencia: Expediente No. 6345. Actor: Mario Saldarriaga y otra.

Se resuelve el recurso de apelación que la parte actora interpuso contra la sentencia del 17 de mayo de 1990, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual se dispuso:

"1. Declárase probada la EXCEPCION DE CADUCIDAD DE LA ACCION INDEMNIZATORIA.

"2. Deniéganse las súplicas de la demanda.

"3. Sin condena en costas, pues no se causaron".

I. ANTECEDENTES

1. Las pretensiones

Por conducto de apoderado, el 27 de enero de 1983, los señores Mario Saldarriaga y Teresa Pérez de Saldarriaga, formularon demanda ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, "para que se le condene a pagar a la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá, D. E., representada por Favio (sic) Puyo Velasco o quien haga sus veces, la suma de VEINTIUN MILLONES (\$21.000.000) de pesos moneda corriente, a favor de la niña Jackeline Saldarriaga Pérez, cuyos representantes legales son sus padres Mario Saldarriaga y Teresa Pérez de Saldarriaga, de quienes soy apoderada legal; lo mismo que los intereses de mora que se causen, hasta cuando se verifique el pago, gastos y costos del proceso". (Fol. 9).

Posteriormente, en escrito de folios 21 a 25 se amplió y adicionó la demanda, con la solicitud para que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

"1.— Que la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá es responsable de los Perjuicios causados a la menor JACKELINE SALDARRIAGA representada por su padre, señor Mario Saldarriaga, como consecuencia de las lesiones personales de carácter permanente causadas a ella por los cables de alta tensión de dicha Entidad Distrital.

"2. Como consecuencia de la anterior declaración, se condene a la Empresa de Energía Eléctrica, a pagar a la menor JACKELINE SALDARRIAGA, representada por su padre, señor Mario Saldarriaga, dentro del término del Art. 121 del C.C.A., los perjuicios de la cuantía de VEINTIUN MILLONES DE PESOS (\$21.000.000) que se establecerán mediante Peritos dentro del Juicio, así como las Costas, Costos y Agencia de Derecho que ocasione el trámite de la Demanda". (Fol. 23).

2. Fundamentos de hecho

En el libelo inicial se relacionaron así:

"I.— La Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá, D. E., y no observando el cuidado y diligencia correspondiente, debido al peligro y responsabilidad que ello encierra, al no proteger la vida y bienes de las personas, como lo ordena la ley, no impidió, mediante el cuidado y vigilancia técnica respectiva, de los cables del alumbrado eléctrico y demás implementos pertinentes, que causaron los perjuicios a la niña Jacqueline Saldarriaga Pérez.

"II.— En virtud del hecho anterior, la niña Jacqueline Saldarriaga Pérez sufrió las consecuencias de la negligencia y descuido citado antes.

"III.— Las consecuencias para la niña Jacqueline Saldarriaga Pérez, han sido, tanto en su parte espiritual, como moral, física, orgánica, intelectual, laboral y económicos, de los cuales es responsable la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá, D. E., representada por Favio Puyo Velasco (sic) o quien haga sus veces". (fol. 10).

Posteriormente, en la ampliación de la demanda se refirieron los siguientes:

"1. Es un hecho que el día domingo 24 de febrero de 1980, siendo las 8:30 P.M. en la esquina de la carrera 83 con calle 33 sur, diagonal al asadero de pollos 'Pollo Madrugador', en el sector de Ciudad Kennedy, un Cable de Alta Tensión de la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá, causó Lesiones Personales de carácter permanente, tanto físicas como psicológicas a la menor JACKELINE SALDARRIAGA, hija del matrimonio formado por Mario Saldarriaga y María Teresa Pérez de Saldarriaga.

"2. Es un hecho que dicho accidente, debido a la negligencia de la empresa de Energía Eléctrica de Bogotá y causados por elementos confiados a su responsabilidad, determina en cabeza de dicha Entidad Distrital la Responsabilidad Extracontractual del Estado, y da lugar a la Acción Indemnizatoria incoada ante el Honorable Tribunal de lo Contencioso Administrativo mediante la presente Demanda.

"3. Es un hecho que numerosos testigos presenciaron las Lesiones Personales causadas a la menor JACKELINE SALDARRIAGA por el Cable de Alta Tensión de la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá, y obran en autos a este respecto los Testimonios incontrovertibles de ROZO DOMINGO RINCON, AURA MARIA PEDRAZA vda. de MENDOZA, SARATIER ACERO y JOSE RICARDO OLIVEROS PARRA.

"4. Es un hecho que las Lesiones Personales, tanto física como psíquicas, que le ocasionó la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá, a la menor JACKELINE SALDARRIAGA, son de carácter permanente,

tanto en el orden físico, como en el psicológico, como queda incontrovertiblemente comprobado con los exámenes de Medicina Legal, el Examen Electroencefalográfico y las fotografías de dichas Lesiones, todo lo cual ha traído como consecuencia una grave acumulación de perjuicios físicos y psicológicos a la Menor JACKELINE SALDARRIAGA, disminuyendo para siempre su capacidad laboral, sus aptitudes para el Estudio y su tranquilidad espiritual. Estos Perjuicios Morales y Materiales los hemos estimado en la suma de VEINTIUN MILLONES DE PESOS (\$21.000.000), que es la Indemnización que la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá deberá pagar a la Menor Lesionada, por intermedio de su Padre, el señor MARIO SALDARRIAGA, representada en este Proceso la suscrita Apoderada". (Fol. 23).

3. Trámite del proceso

Inicialmente, el 27 de enero de 1983 se presentó la demanda ante el Consejo de Estado, Sección Tercera, donde por auto del 18 de febrero de 1983 (fls. 15 y 16), se dispuso su remisión, por competencia, al Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Ante esta última Corporación, la demanda presenta nuevo poder los días 4 y 7 de marzo de 1983, y el 10 del mismo mes y año; la apoderada presenta un escrito "con el fin de ampliar y adicionar la Demanda" contra la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá. En proveído del 21 de marzo de 1983, el Tribunal del conocimiento admitió la demanda (Fl. 62) el cual fué notificado al Sub-Gerente de la empresa demandada, hecho que originó algunos desacuerdos procesales, que culminaron con el reconocimiento de personería a la apoderada de la empresa y el decreto de las pruebas solicitadas. En la contestación de la demanda la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá, propuso las excepciones de "caso fortuito o fuerza mayor" y de "Prescripción de la Acción".

A instancia de la apoderada de la parte actora quien recusó al Magistrado conductor del proceso, se originaron numerosas actuaciones y providencias de trámite, las que generaron a su vez la correspondiente demora procesal. Tal parece que en un momento dado los sentimientos personales y profesionales de los apoderados judiciales de las partes primarán sobre el objetivo de la acción. Lo cierto es que gran parte de este proceso lo constituye la actuación proyectada hacia la remoción del fallador.

Practicadas las pruebas solicitadas, en la oportunidad procesal correspondiente las partes alegaron de conclusión, la accionante reiteró los planteamientos iniciales de su libelo en el sentido de encontrar estructurada la responsabilidad porque se dan o configuran el hecho dañoso, el perjuicio y la relación de causalidad. A su vez, la demandada se opone a la prosperidad de las pretensiones de la demandante y considera que en caso de autos se es-

tá en presencia de un caso fortuito exonerante de responsabilidad; que a la menor no le quedaron lesiones físicas ni psicológicas, de donde se deriva una decisión absolutoria. La Fiscalía Segunda del Tribunal conceptúa en el sentido de que hay lugar a una providencia inhibitoria, por cuanto la acción había caducado.

4. La sentencia apelada

Para arribar a la decisión impugnada de declarar probada la excepción de caducidad de la acción indemnizatoria, el Tribunal se orientó por la normatividad anterior al Decreto 01 de 1984, es decir al Decreto 528 de 1964. Sostuvo el *a-quo* que había operado el fenómeno de la caducidad porque la presentación de la demanda ante El Tribunal se había cumplido después del vencimiento de los tres años que la ley le otorgaba a la parte demandante para ejercitar la acción indemnizatoria. De otra parte, como el artículo 87 de la ley 167 de 1941 establecía que no se le diera curso a la demanda que careciera de las formalidades correspondientes, y que su presentación no interrumpía los términos señalados para la caducidad de la acción, al considerar que dicha demanda había sido corregida el 10 de marzo de 1983, concluye que para esta fecha la caducidad había operado. Era indispensable, sostiene el *a-quo*, para entender que se demandó oportunamente, “no sólo que se presentara el libelo dentro del término dado para accionar sino además que se llenaran a cabalidad las FORMALIDADES EXIGIDAS”. Posteriormente sostiene el Tribunal que como la caducidad es una sanción para quien no acciona a tiempo, el transcurso del mismo conlleva inexorablemente a la negativa de las súplicas. “Estableció el legislador, otras condiciones para el accionar a más del término establecido, como es también hacer la petición ante el Juez de acuerdo a su mandato, requisitos SINE QUANON no se entiende presentada. La demanda que se admitía debía ser aquella que llenaba esas condiciones. Sólo el llenar esos elementos, — DENTRO DEL TERMINO Y CON LAS FORMALIDADES — determinaba indiscutiblemente la inexistencia de ese fatal hecho jurídico”. (Fol. 454).

La apoderada de la parte actora interpuso recurso de apelación, cuyas razones se concretan en el aparte de su escrito denominado “CONCLUSIONES”, donde expone:

“1) Que la sentencia inhibitoria proferida por el *a-quo* es absolutamente injurídica, y carece del más mínimo asidero legal, pues hace siete años quedaron debidamente ejecutoriados el Auto que en su sabiduría dictó el Honorable Consejo de Estado, no rechazando ni inadmitiendo, sino remitiendo mi demanda, en ejercicio de su COMPETENCIA RELATIVA LATENTE; así como el Auto que dictó el Tribunal Contencioso de Cundinamarca, admitiendo mi demanda, porque se había llenado la totalidad de los requisitos formales, y la demanda fué presentada antes de la fecha en que operaría la Caducidad.

"2. He demostrado que la demanda fué presentada bastante antes de que se cumpliera la fecha de la Caducidad, y que la Demanda fue admitida, interrumpiéndose la Caducidad ...".

La Fiscal Octava de esta Corporación razona bajo el entendimiento de que "si el hecho en que se basa la demanda, para solicitar la indemnización, ocurrió el 24 de febrero de 1980 y ésta fué presentada el 15 de marzo de 1983, fácilmente se deduce de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 28 del Decreto Ley 528 de 1984; norma vigente para la época en que ocurrió el posible hecho dañoso, que aquélla no fué presentada dentro del término para accionar, es decir que en este caso, se operó la excepción de caducidad de la acción indemnizatoria ...", conclusión que lleva a la Agente del Ministerio Público a pedir la confirmación del fallo recurrido.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Se procede en primer término a examinar lo relacionado con la caducidad de la acción declarada en el fallo recurrido. La determinación que en tal sentido tomó el *a-quo* resulta de considerar presentada la demanda ante el Tribunal cuando habían transcurrido tres años del accidente, es decir, entre el 24 de febrero de 1980 y el 24 de febrero de 1983. El libelo demandatorio con sus anexos fue recibido en el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 15 de marzo de 1983, por remisión que hiciera el Consejo de Estado, Sección Tercera, por razón de competencia. Antes de su admisión y con fecha 10 de marzo se amplió y adicionó la demanda. La incorporación del libelo demandatorio ante el Tribunal, después de cumplido el término legal de caducidad, fué entendida por el *a-quo* como suficiente para configurar la excepción aludida. Sin embargo, estima la Sala que tal interpretación no se acomoda a un acertado entendimiento del trámite desarrollado. En efecto, no puede ser igual, ni recibir similar tratamiento procesal, el que la demanda arriba al Tribunal competente porque la parte actora deje vencer el término que la ley le otorga para accionar, a que llegue por remisión del Consejo de Estado, en donde equivocada pero oportunamente la accionante la había presentado. Dicho de otra manera, en este caso *se accionó en tiempo*, aunque equivocadamente ante Juez que no era el competente.

En relación con la caducidad cuando esta se ha declarado probada, por haber llegado extemporánea la demanda en virtud de remisión de autoridad jurisdiccional al Juez competente, el Consejo de Estado ha sostenido en distintas oportunidades que en tales casos "se persigue salvaguardar los intereses del administrado demandante que se equivoca en la escogencia del organismo judicial competente dentro de la misma jurisdicción, en cuyo caso quien no lo es lo enviará al competente, pero en todo caso y como es lógico y razonable conservándose la fecha de presentación ante el Tribunal a donde fué dirigida originalmente. No tiene por qué el actor correr con la contingencia del tiempo que transcurre durante el envío de uno a otro ente jurisdiccional".

dicional”. (Sección Primera, Consejero Ponente Dr. Simón Rodríguez Rodríguez, Expediente No. 28. Auto Noviembre 12 de 1966). Similar criterio se sostuvo por esta Sala en auto de 28 de enero de 1988. Actor: Franz Sierra Martínez, con ponencia del Dr. Antonio J. de Irisarri Restrepo, donde se dijo: “... La Sala observa que no existe incompatibilidad alguna entre el auto que inadmite la demanda, por carencia de competencia del Tribunal ante el cual ella se presenta y los efectos que produce esa presentación frente a la caducidad de la acción. Es decir: La presentación del libelo ante el Tribunal que no resulta ser el competente para adelantar la tramitación del proceso y fallarlo, en única o en primera instancia, interrumpe el término de caducidad de la acción de reparación directa y cumplimiento, siempre – claro está que la demanda se haya presentado en tiempo oportuno y que el libelo reúna los demás requisitos y formalidades ...”. Con los criterios relacionados es dable concluir que habiéndose presentado la demanda el día 27 de enero de 1983 ante el Consejo de Estado, tal presentación se cumplió oportunamente, y, por consiguiente, impide que se consolide el fenómeno de caducidad.

Ahora bien, la ampliación que se hizo de la demanda antes de ser admitida no generó rechazo por parte del Tribunal, y sí en cambio se produjo el auto admisorio de folio 62 cuyo encabezamiento precisamente fue “Por venir en forma ajustada a la ley, se admite la presente demanda ...”, situación procesal respecto de la cual ningún cuestionamiento recibió en el momento oportuno. Si bien es cierto que el artículo 87 del anterior ordenamiento Contencioso Administrativo no permitía darle curso a la demanda cuando careciera de algunas formalidades, la realidad en este asunto es que ni el Tribunal, ni la Fiscalía, ni la entidad demandada impugnaron o cuestionaron el proveído admisorio del libelo, al cual se le dió el curso legal que le correspondía.

Lo anterior conduce a la Sala a la conclusión de que al presentarse la demanda dentro del término de tres años ante el Consejo de Estado y luego admitirse y darle curso por parte del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, no hay lugar a considerar que el transcurso del tiempo originó la caducidad de la acción y, consecuentemente, deberá revocarse la decisión del *a-quo* que declaró probada la excepción antes referida, pues hoy se reitera que la exigencia de ley, por este aspecto, es solamente la presentación oportuna de la demanda ante la jurisdicción, así no lo sea ante el Juez competente.

Con relación a los hechos que dieron origen a estas diligencias, la prueba testimonial enseña que en la noche del 24 de febrero de 1980 en la esquina de la Carrera 83 con calle 33 Sur de esta ciudad, un cable de alta tensión conductor de energía se desprendió sorpresivamente y lesionó a la entonces menor JACKELINE SALDARRIAGA hija de los demandantes Mario Saldarriaga y María Teresa Pérez de Saldarriaga. Este hecho está respaldado en au-

tos con las declaraciones de Israel Cardozo Triana, Domingo Rincón Rincón (Fols. 113 y 117). Aura María Pedraza vda. de Mendoza (Fols. 117 a 120) y Zalatiel Acero (Fols. 120 a 123) y José Ricardo Olivera Parra quienes por encontrarse en el lugar del trágico hecho pudieron observar suficientemente el contacto del cable conductor de energía con la menor antes mencionada. Dan cuenta además de cómo posteriormente personal de la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá concurrió al lugar de los hechos para reparar el daño eléctrico producido. Destaca la Sala, cómo contra lo que indica o muestra el caudal probatorio, los trabajadores de la empresa demandada pretenden asumir una absoluta ignorancia sobre el incidente con la niña, sobre el cual ninguna duda resulta del análisis y evaluación de las distintas probanzas aportadas.

En esta oportunidad, como también lo ha efectuado en procesos similares, en los que se examinan hechos y perjuicios resultantes de la prestación del servicio público de energía, la Sala analizará lo sucedido bajo la óptica de la teoría del riesgo y no de la falla del servicio. Obedece lo anterior a que realmente no aparece demostrado suficientemente en el caso que se examina cuál fué la causa jurídica del accidente y se ignora el por qué del desprendimiento del cable de conducción de energía eléctrica. Precisamente esa inseguridad en este tipo de accidentes ha llevado a la Sala, en distintas oportunidades a la aplicación de la teoría del riesgo con miras a que la víctima sin cuya culpa ha resultado lesionada, no quede huérfana de reparación patrimonial.

Conforme a la teoría que se orienta por el riesgo excepcional, la responsabilidad estatal se genera cuando en desarrollo de obras o prestación de servicios de interés colectivo se acude a sistemas o recursos que crean para los ciudadanos o para sus patrimonios, riesgos de contenido extraordinario, que sobrepasan las cargas que cotidiana y ordinariamente les corresponde sobrellevar en compensación por los beneficios y ventajas que tales obras o servicios proyectan sobre la comunidad en general y sobre cada ciudadano en particular. Frente a esta situación debe existir igualdad o equivalencia en las cargas que la actividad generadora del riesgo reporte a los asociados, en forma tal que no queden con mayores gravámenes de riesgo un grupo de los mismos. No habría correspondencia alguna, ni equidad en que frente al lucro que percibe el Estado por la prestación del servicio, simultáneamente se afecte el patrimonio moral y económico de algún administrado, en particular.

Está demostrado que en la dirección donde se presentó el accidente pasan líneas conductoras de energía de muy alto voltaje, energía que se da o se lleva para beneficio de las gentes del sector. Ese tendido de líneas constituye precisamente el riesgo excepcional, que surge o se concreta cuando, como en el caso bajo examen, uno de tales cables conductores se desprende y cae contra la humanidad de un miembro de la comunidad, originándole daños físicos y morales, compartidos además con sus progenitores. La existencia de

fuerza mayor planteada por la demandada no fue objeto de demostración por parte de quien la alegaba, razón por la cual no hay lugar a reconocer tal eximente de responsabilidad, más aún cuando, por otra parte, ni siquiera se insinuó culpa exclusiva de la víctima.

Recuerda y reitera la Sala en esta oportunidad pronunciamientos hechos en casos similares al presente, aunque no idénticos, como fueron los del 20 de febrero de 1989, expediente 4655, actor Alfonso Sierra Velásquez con ponencia del Consejero Antonio José de Irisarri Restrepo; el del 2 de febrero de 1984, actor: Enrique Mejía, expediente No. 2744, con ponencia del Consejero Eduardo Suescún, quien también fué ponente de la decisión de 8 de marzo de 1984, actor Gilberto Díaz Vélez, expediente No. 2846, del cual se transcribe el siguiente aparte:

“Descartado probatoriamente el hecho del tercero en la ocurrencia del accidente, debe agregarse que, por otra parte, la verdadera causa del hecho perjudicial quedó desconocida dentro del proceso. Por esto último es preciso estudiar el presente caso no en el campo de la responsabilidad por falla o falta del servicio, como equivocadamente lo hizo el Tribunal, sino en el campo de la responsabilidad sin falta por riesgo excepcional, que la demanda plantea en la parte final de su fundamentación jurídica.

“En efecto, el simple hecho de que haya “fallado” el cable no constituye falta del servicio. Ese hecho es de ocurrencia normal en el servicio eléctrico; las empresas públicas habían tomado todas las medidas aconsejables para impedir que tuviese consecuencia lamentable y es así como nunca había ocurrido accidente alguno por este mismo hecho. No puede decirse, en consecuencia, que en este caso haya habido defecto en la gestión de la prestación del servicio, que es lo que constituye la falta del servicio. Ni error ni negligencia hay en el expediente que sean atribuibles a la empresa demandada.

“Hay, en cambio, responsabilidad sin falta toda vez que el servicio eléctrico oficial, al establecer la conducción de la energía eléctrica en las vías urbanas creó un riesgo excepcional para los asociados, riesgo que a pesar de todas las previsiones llegó a ocurrir con las consecuencias anotadas ...”.

Establecida entonces la responsabilidad patrimonial de la empresa demandada corresponde determinar los perjuicios causados y la indemnización de los mismos. En cuanto a los perjuicios de orden moral, la Sala los deduce de la afectación subjetiva y psicológica que sin lugar a dudas se proyectó sobre el ánimo no sólo de la menor directamente lesionada, sino de sus progenitores, quienes angustiados la llevaron sin sentido a un centro hospitalario. Se reconocerá el equivalente en pesos a 1.000 gramos de oro para Jackeline Saldarriaga Pérez. No habrá lugar a reconocimiento alguno en favor de sus padres, por cuanto ni en el libelo inicial, ni en su adición, se pidió indemnización para éstos.

SECCION TERCERA

Sobre los perjuicios materiales, obra en el proceso un dictámen de Medicina Legal, según el cual la perjudicada "en la actualidad no presenta patología orgánica cerebral o sicológica secundaria al accidente sufrido con un cable de alta tensión por el cual fué necesario hospitalizarle de urgencias en esa ocasión ... los resultados de los estudios médicos especializados y el resultado del electroencefalograma descartan la existencia de secuelas o consecuencias médico-legales ..." Sin embargo considera la Sala que de acuerdo con las pruebas allegadas y especialmente con los testimonios y fotografías a detalle de las lesiones recibidas por la víctima, para efectos de establecer el daño material realmente percibido como resultado de dichas lesiones, deberá tramitarse incidente con miras a liquidar la condena que en abstracto se hará en esta providencia, para lo cual se atenderán las siguientes pautas: a) Se solicitará se practique por parte de la división de Medicina Legal del Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, por peritos médicos especialistas, un examen de las lesiones causadas a la señorita Saldarriaga Pérez para establecer su proyección en la capacidad laboral de la misma y determinarán el término de vida probable que le queda. b) Se solicitará a la Superintendencia Bancaria la Tabla de Mortalidad adoptada por dicha Dependencia y actualmente vigente; c) Se solicitarán al - DANE - los índices de Precios al Consumidor vigentes en el mes de febrero de 1983 y el de la fecha en que se expida la correspondiente certificación. En ningún caso esta condena podrá sobrepasar el valor histórico fijado como máximo en la demanda que fué de \$21.000.000 M/Cte.

En mérito de lo expuesto, en desacuerdo con la Fiscalía Octava, 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 de 17 de mayo de 1990 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera.

SEGUNDO: En su lugar se dispone:

a) Declárase patrimonialmente responsable a la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá, por las lesiones ocasionadas a Jacqueline Saldarriaga Pérez, la noche del 24 de febrero de 1980, en la ciudad de Bogotá.

b) Como consecuencia de la anterior declaración se condena a la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá a pagar en favor de Jacqueline Saldarriaga Pérez por concepto de perjuicios morales, la suma equivalente en pesos a 1.000 gramos de oro fino, conforme al precio del oro que certifique el Banco de la República para el día que este fallo cobre ejecutoria. Con la cuenta de cobro la interesada allegará la respectiva certificación.

c) Como consecuencia de la declaración de responsabilidad se condena a la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá a pagar en favor de Jacqueline Saldarriaga Pérez por concepto de perjuicios materiales, la suma que resulte probada en el posterior incidente de liquidación, siguiendo las orientaciones consignadas en la parte motiva de esta sentencia y el límite máximo pretendido con la demanda (\$21.000.000.00).

Para efectos del pago de los perjuicios materiales aquí reconocidos, la beneficiada con la condena deberá presentar el escrito con el cual se promueva el incidente de liquidación de aquellos, dentro de los sesenta (60) días siguientes a cuando se notifique el auto que profiera el Tribunal ordenando cumplir lo que aquí se decide.

TERCERO: Deniéganse las demás peticiones de la demanda.

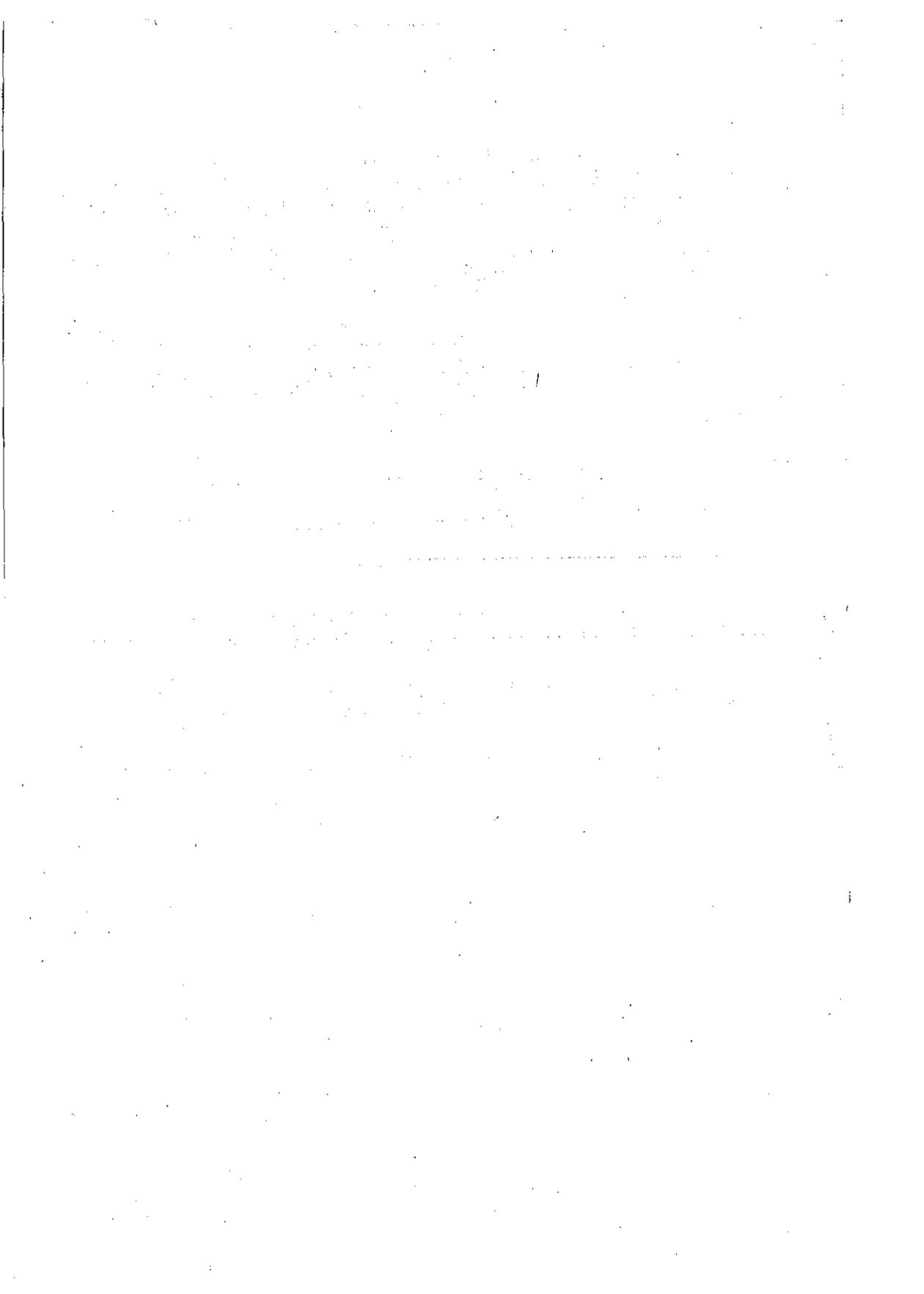
CUARTO: Dése cumplimiento a los artículos 176 y 177 del C.C.A.

COPIESE, NOTIFIQUESE, CUMPLASE Y DEVUELVA SE.

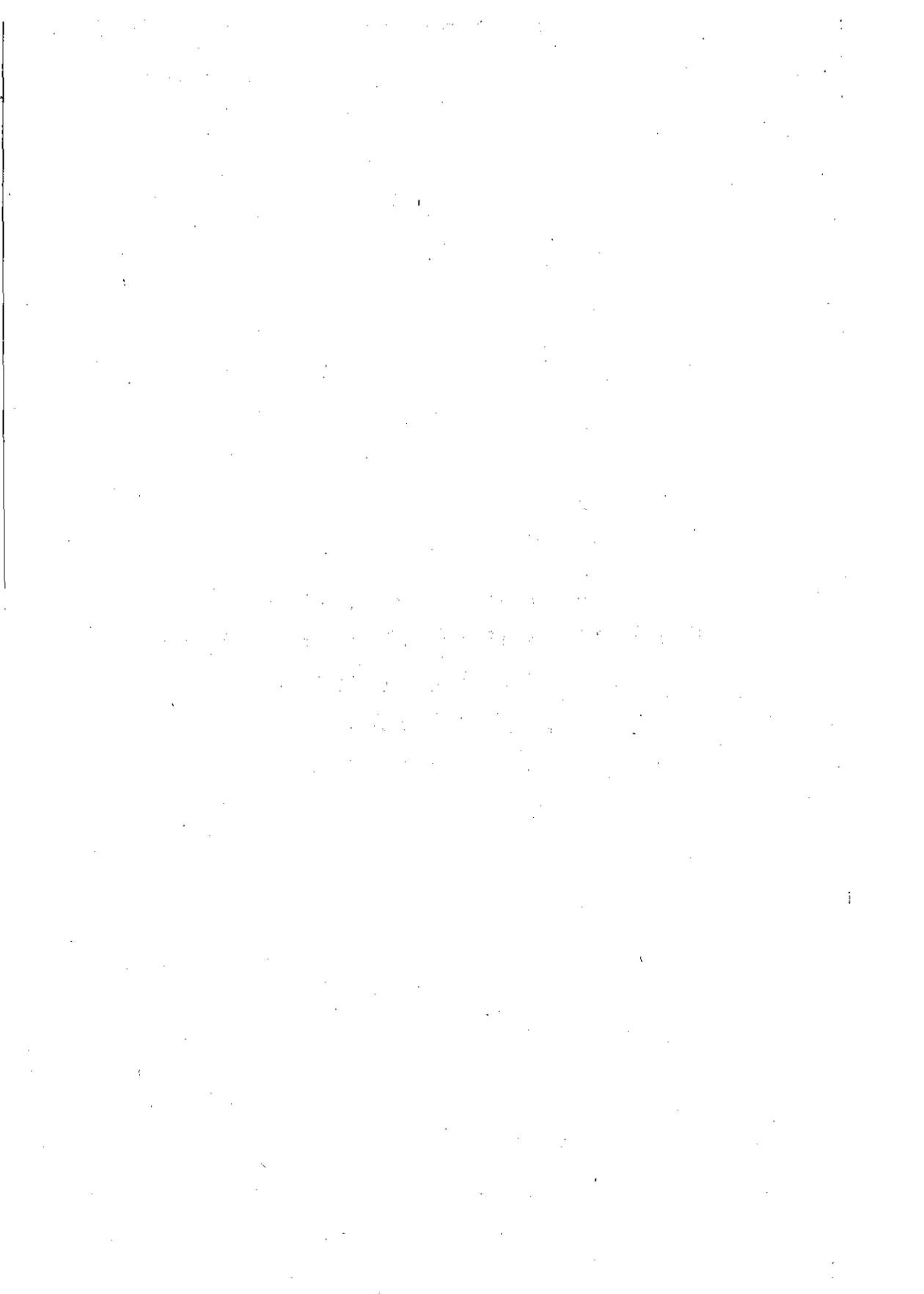
Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha, doce (12) de diciembre de mil novecientos noventa y uno (1991).

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.



**CONSEJO DE ESTADO
INDICE ALFABETICO DE ACTORES
CUARTO TRIMESTRE
AÑO DE 1991**



A

ADOLFO CRAWFORD MERCADO .14
ALFONSO M. RENGIFO Y OTROS 752

B

BLANCA FONTASOCA DE VELEZ 235

C

CRUZ ELENA VALENCIA ZAPATA Y OTROS 511
CUSTODIO VILLAMIZAR JAIMES Y OTROS 256

D

DIGNA CONCEPCION LOPEZ CHAMORRO 32
DOMINGO ALONSO GIL VIANCHA 747

E

EDUARDO HELI PEÑARANDA TORRADO Y OTROS 315
EFRAIM CARDENAS PINEDA Y OTROS 476
EMILIA GUIDO DE MAZENETT 662

F

FABIO BURITICA VALENCIA Y OTROS 21
FABIO ELOY ARAGON GONZALEZ Y OTROS 120

| | |
|--------------------------------|-----|
| FERNANDO SARMIENTO CIFUENTES | 44 |
| FERNEY LONDOÑO GAVIRIA Y OTROS | 393 |

G

| | |
|-------------------------|-----|
| GILDARDO ARTEAGA GARCIA | 382 |
|-------------------------|-----|

H

| | |
|------------------------------------|-----|
| HELI DE JESUS CARDONA RIOS Y OTROS | 373 |
| HENNIO PUBLICIDAD LTDA. | 87 |

I

| | |
|--|----------|
| INSTITUTO COLOMBIANO DE LA REFORMA AGRARIA -INCORA- | 357, 365 |
|--|----------|

J

| | |
|-------------------------------------|-----|
| JAIME GOMEZ SALAS | 81 |
| JAIRO NIETO SUSSA | 401 |
| JOSE ALVARO GIRALDO CASTILLO | 159 |
| JOSE HERNANDO CHICA Y OTROS | 295 |
| JUAN JULIO BECHARA MARTINEZ Y OTROS | 9 |

L

| | |
|---------------------------------|-----|
| LUIS ALBERTO RICO DIAZ | 35 |
| LUIS HERNANDO RODRIGUEZ Y OTROS | 431 |

M

| | |
|--|---------|
| MARIA DOLORES MARTINEZ | 696 |
| MARIA ENELIA ORTIZ DE SUAZA | 301 |
| MARIA GLADYS RESTREPO BERRIO | 713 |
| MARIA LEOFANI MARTINEZ Y OTROS | 500 |
| MARIO SALDARRIAGA Y OTRA | 775 |
| MERCEDES CABRALES DE OBANDO Y OTROS | 128 |
| MERCEDES MALAVER DE GUTIERREZ Y OTROS | 343 |
| MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO | 72 |
| MINISTERIO DE MINAS Y ENERGIA | 72, 586 |

N

| | |
|-----------------------------------|-----|
| NUBIA CECILIA ARIZA ROJAS Y OTROS | 149 |
|-----------------------------------|-----|

P

| | |
|-------------------------------|-----|
| PEDRO ANTONIO CORREDOR FORERO | 186 |
| PEDRO SALAMANCA PORRAS | 463 |

R

| | |
|------------------------------------|-----|
| REMEDIOS MAUT PINEDO MEJIA Y OTROS | 178 |
| RICARDO ALBERTO RIVERA MEDINA | 529 |
| ROGELIO PEÑA | 713 |

S

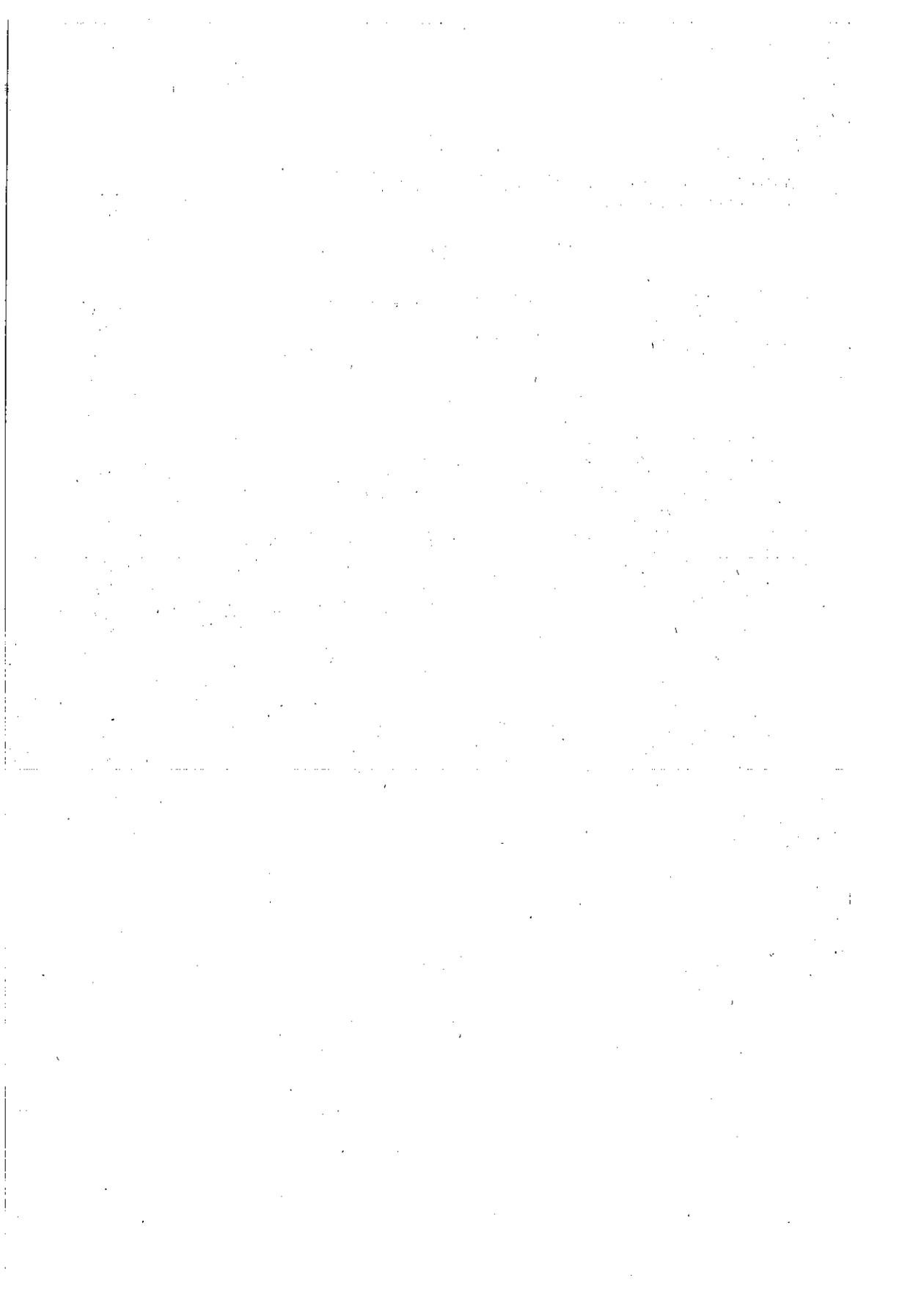
| | |
|--|----------|
| SERGIO TULIO CORDOBA Y OTROS | 741 |
| SOCIEDAD "AEROTAXI CASANARE" -AEROTACA S.A.- | 545, 584 |
| SOCIEDAD COLOMBIANA DE CONSTRUCCIONES -SOCOCO S.A.- | 300 |
| SOCIEDAD COMERCIAL -URBANIZACION NORMANDIA LTDA.- | 635, 660 |
| SOCIEDAD FERGIL'S Y BONAIRE LTDA. | 596, 620 |
| SOCIEDAD INGENIERIA CONSTRUCCIONES Y ASESORIAS -INCONA- | 76 |

T

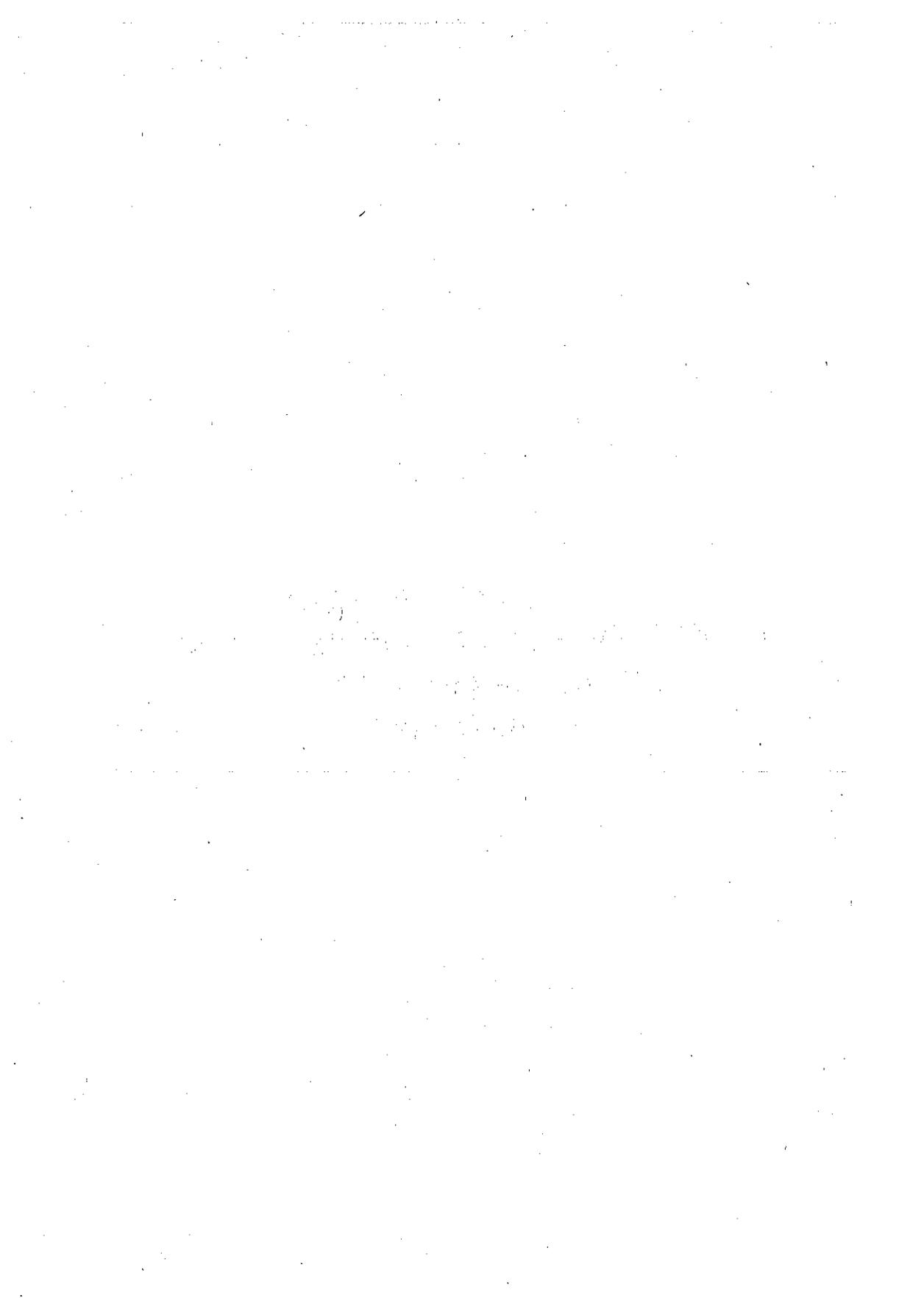
| | |
|-------------------------------|-----|
| TULIO E. SANCHEZ NIEVA Y OTRO | 622 |
| TINTORERIA SERVICOLOR LTDA. | 410 |

V

| | |
|--------------------------|-----|
| VICTOR R. MEDINA SALCEDO | 306 |
|--------------------------|-----|



CONSEJO DE ESTADO
INDICE TEMATICO POR SECCIONES
CUARTO TRIMESTRE
AÑO DE 1991



A

ABOGACIA: 747

ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO:
44, 545

ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO—
Procedencia: 315

ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO—
Improcedencia: 586

ACCION DE REPARACION DIRECTA— 330, 635, 775

ACCION DE REPARACION DIRECTA (Salvamento de voto): 584, 660

ACCION DE REPARACION DIRECTA— Improcedencia: 315, 545

ACCION *IN REM VERSO*: 330

ACCION *IN REM VERSO*— Improcedencia: 87

ACTIVIDAD PELIGROSA: 120

ACTO DE ADJUDICACION: 306

ACTO SEPARABLE: 44

ACUMULACION DE PRETENSIONES POR INSERCIÓN—
Improcedencia: 32

ACUMULACION DE PROCESOS— Trámite: 301

AERONAVEGABILIDAD: 545

ANTICIPO: 463

AUXILIAR DE LA JUSTICIA: 529

C

CADUCIDAD: 72, 87, 330, 635, 775
CARGA DE LA PRUEBA: 382
CLAUSULA PENAL PECUNIARIA: 463
COADYUVANCIA: 586
COMPETENCIA TERRITORIAL— Convalidación: 9
CONCUBINATO: 393, 696
CONCUBINO: 752
CONCURRENCIA DE CULPAS: 500, 696
CONCURSO DE CAUSAS: 410
CONSCRIPTO: 235, 295, 476
CONSEJO NACIONAL DE ESTUPEFACIENTES: 545
CONTENCIOSO OBJETIVO IMPROPIO: 44
CONTENCIOSO OBJETIVO PROPIO: 44
CONTRATO ADICIONAL: 596
CONTRATO ADMINISTRATIVO— Incumplimiento: 463
CONTRATO ADMINISTRATIVO— Incumplimiento (Aclaración de voto): 620
CONTROVERSIAS CONTRACTUALES: 72, 330, 596
CONTROVERSIAS CONTRACTUALES (Aclaración de voto): 620
CULPA DE LA VICTIMA: 696
CULPA DE LA VICTIMA— Características: 256
CULPA DE LA VICTIMA— Imprudencia: 713
CULPA DE LA VICTIMA— Inexistencia: 382
CULPA PERSONAL DEL AGENTE: 500

D

DAÑO ANTIJURIDICO: 662, 713
DAÑO CIERTO: 752
DEMANDA— Interpretación: 635
DEMANDA— Presentación: 775
DENUNCIA DE PLEITO: 81
DENUNCIA PENAL: 14

DERECHO DE EXCLUSION: 365
DERECHO DE PROPIEDAD: 186
DERECHOS DEL NIÑO: 713
DICTAMEN PERICIAL: 186

E

ECOPETROL— Régimen aplicable: 35
EJERCICIO DE PROFESIONES: 747
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO—
Régimen aplicable: 35
ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA: 330
ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA— Imprudencia: 87
EXPLOTACION DE MINAS: 431
EXPROPIACION: 357
EXTINCION DEL DOMINIO: 186

F

FALLA DEL SERVICIO DE AGUA: 410
FALLA DEL SERVICIO DE ENERGIA ELECTRICA: 622
FALLA DEL SERVICIO DE POLICIA: 128
FALLA DEL SERVICIO DE POLICIA— Retén: 401
FALLA DEL SERVICIO DE TRANSITO: 500
FALLA DEL SERVICIO DEL DAS: 343
FALLA DEL SERVICIO DEL EJERCITO: 159, 295, 476
FALLA DEL SERVICIO DEL EJERCITO— Inexistencia: 373
FALLA DEL SERVICIO MEDICO: 21
FALLA DEL SERVICIO POR OMISION: 511, 622
FALLA DEL SERVICIO PRESUNTA: 235, 382
FALLA DEL SERVICIO PRESUNTA— Imprudencia: 500
FALLA DEL SERVICIO PRESUNTA— Aeronaves: 120
FALLA DEL SERVICIO— Imprudencia: 14
FALLA DEL SERVICIO— Protección: 511
FALLA DEL SERVICIO PUBLICO DOMICILIARIO: 410

FALLA PERSONAL— Inexistencia: 343
FUERO DOMICILIARIO: 128
FUERZA MAYOR— Imprudencia: 713

H

HECHO ADMINISTRATIVO: 87
HECHO DE UN TERCERO: 410
HIJO EXTRAMATRIMONIAL: 393, 752
HIJO EXTRAMATRIMONIAL— Reconocimiento: 752
HIPOTESIS DEL NO DERECHO: 87, 596

I

INDEBIDA ACUMULACION DE PRETENSIONES: 315
INDEMNIZACION DE PERJUICIOS: 463
INDEMNIZACION DE PERJUICIOS— Titularidad: 393
INDEMNIZACION DE PERJUICIOS— Titulares: 752
INDICIO: 382
INFORME TECNICO— Valor probatorio: 357
INVOLABILIDAD DE DOMICILIO: 128

L

LEGITIMACION POR ACTIVA: 752
LESION RESARCIBLE: 662
LEY DEL DIVIDENDO: 696
LEY ESPECIAL: 81
LIQUIDACION DEL CONTRATO: 596
LIQUIDACION DEL CONTRATO— Imprudencia (Aclaración de voto): 620
LITIS CONSORCIO FACULTATIVO: 32
LUCRO CESANTE: 622
LUCRO CESANTE— Determinación: 128, 401

M

METODO EXEGETICO— Improcedencia: 186
MINISTERIO PUBLICO: 178

N

NEXO DE CAUSALIDAD: 343

P

PERENCION DEL PROCESO: 76
PERJUICIOS MATERIALES: 128, 401
PERJUICIOS MATERIALES A CONCUBINA: 696
PERJUICIOS MATERIALES A MENORES: 622, 696
PERJUICIOS MATERIALES A TERCERO: 696, 752
PERJUICIOS MATERIALES— Determinación: 149
PERJUICIOS MORALES— Presunción: 500
PERMISO DE EXPLOTACION: 431
PLAZO— Prórroga: 596
PLIEGO DE CONDICIONES— Naturaleza: 44
PODER ESPECIAL— Presentación: 741
PODER ESPECIAL— Sustitución; 741
PRESCRIPCION: 635
PRESCRIPCION (Salvamento de voto): 660
PREVALENCIA DEL DERECHO SUSTANCIAL: 545, 635
PRINCIPIO DE EFECTIVIDAD DE LOS DERECHOS SUSTANTIVOS: 545, 635
PRINCIPIO DE EQUIDAD: 545
PRINCIPIO DE IGUALDAD FRENTE A LAS CARGAS PUBLICAS: 235
PRINCIPIO DE IMPRESCRIPTIBILIDAD: 586
PRINCIPIO DE INAJENABILIDAD: 586
PRINCIPIO DE LA BUENA FE: 745
PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD: 662

PRUEBA DE INFORME: 357
PRUEBA TRASLADADA: 752

R

RECURSO DE APELACION— Trámite: 357
RESPONSABILIDAD OBJETIVA: 662
RESPONSABILIDAD POR EL SERVICIO DE ADMINISTRACION DE JUSTICIA— Improcedencia: 529
RESPONSABILIDAD POR OCUPACION DE INMUEBLES: 635
RESPONSABILIDAD POR RIESGO: 775
RESPONSABILIDAD POR RIESGO— Inexistencia: 622
RESPONSABILIDAD SOCIAL— Improcedencia: 373
RESPONSABILIDAD SOLIDARIA: 410, 500, 696
REVOCACION DIRECTA DEL ACTO: 545
REVOCACION DIRECTA DEL ACTO (Salvamento de voto): 584
REVOCACION DIRECTA DEL ACTO— Improcedencia: 431

S

SENTENCIA DISCIPLINARIA— Valor probatorio: 752
SERVICIO MILITAR: 295
SERVICIO MILITAR— Ingreso: 476

T

TEORIA DE LOS FINES Y MOTIVOS: 44
TEORIA DEL RIESGO: 775
TRANSITO DE LEGISLACION: 72, 330
TRASLADO PARA ALEGAR: 178

Este libro se terminó de imprimir
en el mes de enero de 1994
en los Talleres Gráficos de
CANAL RAMIREZ ANTARES LTDA.
Cra. 4a. No. 25B-50
Santafé de Bogotá, D.C. - Colombia

